Kommunalrechtliche Studien 11

Isabelle König

Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe im Bereich „Wasser“

Kommunalabgabenrecht im Spannungsfeld zwischen Abnehmerschutz und Gemeindefinanzierung

Nomos

Kommunalrechtliche Studien

herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Brüning,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Universität Potsdam

Band 11

Isabelle König

Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe im Bereich „Wasser“

Kommunalabgabenrecht im Spannungsfeld zwischen Abnehmerschutz und Gemeindefinanzierung

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0226-9 (Print)
ISBN 978-3-7489-3750-0 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegegende Arbeit wurde im Sommer 2021 an der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Text und Literatur sind ebenfalls auf diesem Stand.

Mein besonderer Dank gilt zunächst für die Betreuung der Arbeit meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, der mir die unentbehrliche wissenschaftliche Freiheit überließ, an den notwendigen Stellen aber mit wichtigen Impulsen und Ratschlägen einzuhaken wusste. Für die unermüdliche Förderung und sein in mich gesetztes Vertrauen möchte ich ihm herzlich danken. Ich danke ihm und Herrn Prof. Dr. Christoph Brüning für die Aufnahme in diese Schriftenreihe sowie Herrn Prof. Dr. Matthias Dombert für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner gilt mein Dank meiner Schwiegermutter, Sabine Puhle, und besonders danken möchte ich auch Schafi und Coco.

Meinen Eltern, Patrick und Katica Choong-Siong-Yoon, meiner Schwester, Stéphanie Choong-Siong-Yoon, und meinem Ehemann, Dr. Kristian König, gilt jedoch mein größter Dank. Ihren unerschütterlichen Glauben, ihre unermüdliche Unterstützung und ihre liebevolle Motivation von Beginn bis zum Abschluss der Promotion werde ich nie vergessen. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Bad Soden am Taunus, im Dezember 2022 *Isabelle König*

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 13

Abkürzungsverzeichnis 35

Einleitung 45

§ 1 Problemaufriss 45

§ 2 Gang der Untersuchung 48

1. Teil: Die deutsche Trinkwasserversorgung und das Konzessionswesen 51

§ 1 Struktur der deutschen Wasserversorgung 51

A. Kleinteiligkeit der Wasserversorgung 52

B. Wasserqualität und Zustand der Versorgungsinfrastruktur 54

§ 2 Höhe des Wasserentgelts und Kostenstruktur in der Wasserversorgung 55

§ 3 Organisation der Wasserversorgung 57

A. Eigenbetrieb 59

B. Regiebetrieb 64

C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung 66

D. Aktiengesellschaft 67

§ 4 Regelung der Trinkwasserversorgung in den Ländern 68

§ 5 Entwicklung des Konzessionswesens bis zur KAEAnO 1941 71

§ 6 Regelungsinhalt der KAEAnO 73

A. Konzessionsabgabenverbot 73

B. Beschränkung von zulässigen Konzessionsabgaben der Höhe nach 75

C. Mindestertragserfordernisse und Nachholbarkeit 78

§ 7 Rechtsnatur der Konzession und wirtschaftliche Bedeutung 79

A. Unterschiedliche Definitionen der Gegenleistung in A/KAE, EnWG und KAV 79

B. Gegenleistung ist jedenfalls die Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraums 82
C. Konzessionsabgabe keine Gegenleistung für Verleihung eines Hoheitsrechts 84
D. Wirtschaftliche Bedeutung der Konzessionsabgaben 86

§ 8 Rechtsentwicklungen zum Konzessionsabgabenrecht nach Erlass der KAEAnO 87
A. Fortgeltung der KAEAnO 1941 in der BRD 88
B. Abschaffung der Konzessionsabgaben im Jahr 1977 nicht durchsetzbar 90
C. BVerwG hebt 1990 Konzessionsabgabenstopp wegen Willkürverbotsverstoß auf 91
D. Konzessionsabgabenverordnung (KAV) 1992 für Strom und Gas 94
E. Erstes Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 98
F. Richtlinie 2000/60/EG (WRRL) vom 23.10.2000 100
G. Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie) vom 26.02.2014 101

§ 9 Privatisierungen und Rekommunalisierungen in der Trinkwasserversorgung 104
A. Privatisierung 104
B. Rekommunalisierung 109

§ 10 Erhebung öffentlich-rechtlicher Entgelte für die Wasserversorgung 115
A. Abgaben: Steuern, Beiträge, Gebühren 116
B. Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen 123
C. Bemessungsgrundsätze für Benutzungsgebühren 126
D. Bestandteile der Benutzungsgebühr und Formen 132

§ 11 Rechtsprechung zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe 138
A. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99 138
B. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 - 5 UZ 2618/04 140
C. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI 141
D. VG Gelsenkirchen, Urt. v. 05.07.2012 – 13 K 524/11 142
E. VGH Kassel, Beschl. v. 19.09.2013 – 5 A 831/13.Z 143

F. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS 144
G. VG München, Urt. v. 28.09.2017 – M 10 K 16.282 146
H. VG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2018 – 5 K 15795/16 147
I. VGH Kassel, Urt. 11.12.2018 – 5 A 1305/17 149
J. OVG Saarlouis, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19 150
K. BVerwG, Beschl. v. 21.07.2020 (9 B 18.19) und Urt. v. 23.03.2021 (9 C 4.20) 152

Ergebnis zum 1. Teil 154

2. Teil: Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 159

§ 1 Eigenbetriebsentgelte als ansatzfähige Verwaltungsgemein- oder Fremdkosten 159

§ 2 Eigenbetriebsentgelte: Kostendeckung, Äquivalenz und Gleichbehandlung 163

§ 3 Konzessionsabgaben eines Eigenbetriebes als betriebsbedingte Kosten 166
A. Merkmal des Güterverbrauchs 168
B. Merkmal der Betriebsbedingtheit 169
C. Merkmal der Bewertung 184
D. Exkurs: Rechtsgrundlage für die Konzessionierung von Abwasser und Fernwärme? 185

Ergebnis zum 2. Teil 187

3. Teil: Konzessionsabgaben und der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten 189

§ 1 Der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten als Korrektiv 189

§ 2 Kostenbezogene Erforderlichkeit von Konzessionsabgaben 191
A. Prüfungsmaßstab der kostenbezogenen Erforderlichkeit 191
B. Die Erforderlichkeit der Kostenart der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 194
C. Die Erforderlichkeit des Kostenumfangs bei Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 238
Ergebnis zu § 2 238

§ 3 Prüfungsmaßstab der einrichtungsbezogenen Erforderlichkeit 241

A. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und (Regie-)Kostenvergleich 241
B. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und Vergabeverfahren 245
C. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und interkommunaler Gebührenvergleich 247
Ergebnis zu § 3 249

§ 4 Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben im Regiekostenvergleich 250
A. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Nichtbeteiligungsgesellschaften 253
B. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Beteiligungs-/Eigengesellschaften 295
C. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Regiebetrieben 348
D. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben 363
Ergebnis zu § 4 480

Ergebnis zum 3. Teil 484

4. Teil: Rechtsvergleichende Untersuchung 489

§ 1 Situation in Österreich 489
A. Die Wasserversorgung in Österreich 489
B. Gebrauchsabgaberegelungen in den einzelnen neun österreichischen Bundesländern 502
C. Gebührenfähigkeit der Gebrauchsabgabe 508
Ergebnis zu § 1 515

§ 2 Situation in der Schweiz 516
A. Die Struktur der öffentlichen Wasserversorgung in der Schweiz 516
B. Öffentliche Abgaben 517
C. Grundprinzipien des Gebührenrechts 519
D. Konzessionsgebühren als Gegenleistung für Verlegung von Wasserleitungen 523
Ergebnis zu § 2 529

5. Teil: Die Kontrolle von Wassergebühren de lege ferenda 531

§ 1 Die Situation bis zum Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle 532
A. Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle im GWB 2005 533
B. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar" vom 02.02.2010 540
C. Die OLG Frankfurt-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar II" vom 20.09.2011 543
D. Die BGH-Entscheidung „Niederbarnimer Wasserverband" vom 18.10.2011 546
E. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw" vom 15.05.2012 548

§ 2 Die 8. GWB-Novelle und der Bereich der Wasserwirtschaft 551
A. Überarbeitung der §§ 18, 19 GWB 551
B. Überführung der verschärften Aufsicht über Versorgungsunternehmen in das GWB 552
C. Ausnahme der Marktmachtmissbrauchskontrolle von Gebühren und Beiträgen 559
D. Keine Bereichsausnahme der Missbrauchsaufsicht bei Durchleitungsansprüchen 560
E. Auskunftsansprüche gegen Wassergebühren erhebende Versorgungsunternehmen 562
F. Übersicht: Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle nach der 8. GWB-Novelle 563

§ 3 Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten 567
A. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB) 567
B. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB) 595
C. Auswertung 613

§ 4 Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle in der Praxis 621
A. Beurteilung der „Wasserpreise Wetzlar" 622
B. Beurteilung der „Wasserpreise Gießen" 630
C. Auswertung 636

§ 5 Vor- und Nachteile kartellrechtlicher Prüfungsverfahren im Gebührenrecht 637
A. Eingeschränkte wettbewerbliche Effizienzüberlegungen im Gebührenrecht 638

B. Keine Verbesserung durch Übernahme der Preisbildungsfaktorenkontrolle ersichtlich 642
C. Unterschiedlichkeit der Effizienzbegriffe im GWB und in den KAG 642
D. Vergleichsmarktprüfung zeigt wettbewerbliche Effizienzpotenziale 659
E. Erweiterung bestehender gebührenrechtlicher Kostenvergleichssysteme 660

§ 6 Implementierung der Vergleichsmarktprüfung de lege ferenda 663
A. Keine kartellrechtliche Vergleichsmarktprüfung durch Kommunalaufsichten 663
B. Keine Ausdehnung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Wassergebühren 665
C. Beteiligung der Kartellbehörden im Rahmen der Gebührenprüfung 667

Ergebnis zum 5. Teil 677

Literatur- und Quellenverzeichnis 683

Stichwortverzeichnis 701

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 35

Einleitung 45

§ 1 Problemaufriss 45

§ 2 Gang der Untersuchung 48

1. Teil: Die deutsche Trinkwasserversorgung und das Konzessionswesen 51

§ 1 Struktur der deutschen Wasserversorgung 51

A. Kleinteiligkeit der Wasserversorgung 52

B. Wasserqualität und Zustand der Versorgungsinfrastruktur 54

§ 2 Höhe des Wasserentgelts und Kostenstruktur in der Wasserversorgung 55

§ 3 Organisation der Wasserversorgung 57

A. Eigenbetrieb 59

B. Regiebetrieb 64

C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung 66

D. Aktiengesellschaft 67

§ 4 Regelung der Trinkwasserversorgung in den Ländern 68

§ 5 Entwicklung des Konzessionswesens bis zur KAEAnO 1941 71

§ 6 Regelungsinhalt der KAEAnO 73

A. Konzessionsabgabenverbot 73

B. Beschränkung von zulässigen Konzessionsabgaben der Höhe nach 75

C. Mindestertragserfordernisse und Nachholbarkeit 78

§ 7 Rechtsnatur der Konzession und wirtschaftliche Bedeutung 79

A. Unterschiedliche Definitionen der Gegenleistung in A/KAE, EnWG und KAV 79

1. KAV: Konzessionsabgabe keine Gegenleistung mehr für Versorgungsverzicht 80

2. EnWG: Konzessionsabgabe keine Gegenleistung mehr für Versorgungsverzicht 81
3. KAV/EnWG: Konzessionsabgabe als Gegenleistung auch für Leitungsbetrieb 82
B. Gegenleistung ist jedenfalls die Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraums 82
C. Konzessionsabgabe keine Gegenleistung für Verleihung eines Hoheitsrechts 84
D. Wirtschaftliche Bedeutung der Konzessionsabgaben 86

§ 8 Rechtsentwicklungen zum Konzessionsabgabenrecht nach Erlass der KAEAnO 87
A. Fortgeltung der KAEAnO 1941 in der BRD 88
B. Abschaffung der Konzessionsabgaben im Jahr 1977 nicht durchsetzbar 90
C. BVerwG hebt 1990 Konzessionsabgabenstopp wegen Willkürverbotsverstoß auf 91
D. Konzessionsabgabenverordnung (KAV) 1992 für Strom und Gas 94
E. Erstes Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 98
F. Richtlinie 2000/60/EG (WRRL) vom 23.10.2000 100
G. Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie) vom 26.02.2014 101

§ 9 Privatisierungen und Rekommunalisierungen in der Trinkwasserversorgung 104
A. Privatisierung 104
1. Formen 104
2. Motive 105
3. Modelle 106
B. Rekommunalisierung 109
1. Formen 109
2. Motive 109
3. Modelle 112
a. Kassel und Vellmar 112
b. Wuppertal 113

§ 10 Erhebung öffentlich-rechtlicher Entgelte für die Wasserversorgung 115
A. Abgaben: Steuern, Beiträge, Gebühren 116
B. Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen 123
C. Bemessungsgrundsätze für Benutzungsgebühren 126
1. Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot 127
2. Äquivalenzprinzip 129
3. Gleichbehandlungsgrundsatz 131
D. Bestandteile der Benutzungsgebühr und Formen 132
1. Bemessung der Benutzungsgebühr an Kosten der öffentlichen Einrichtung 132
2. Grund-, Mindest-, Zusatz- und Mengengebühren 136

§ 11 Rechtsprechung zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe 138
A. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99 138
B. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 - 5 UZ 2618/04 140
C. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI 141
D. VG Gelsenkirchen, Urt. v. 05.07.2012 – 13 K 524/11 142
E. VGH Kassel, Beschl. v. 19.09.2013 – 5 A 831/13.Z 143
F. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS 144
G. VG München, Urt. v. 28.09.2017 – M 10 K 16.282 146
H. VG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2018 – 5 K 15795/16 147
I. VGH Kassel, Urt. 11.12.2018 – 5 A 1305/17 149
J. OVG Saarlouis, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19 150
K. BVerwG, Beschl. v. 21.07.2020 (9 B 18.19) und Urt. v. 23.03.2021 (9 C 4.20) 152

Ergebnis zum 1. Teil 154

2. Teil: Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 159

§ 1 Eigenbetriebsentgelte als ansatzfähige Verwaltungsgemein- oder Fremdkosten 159

§ 2 Eigenbetriebsentgelte: Kostendeckung, Äquivalenz und Gleichbehandlung 163

§ 3 Konzessionsabgaben eines Eigenbetriebes als betriebsbedingte Kosten 166
A. Merkmal des Güterverbrauchs 168
B. Merkmal der Betriebsbedingtheit 169
1. Rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Konzessionsabgabe beim Eigenbetrieb 169
a. §§ 46, 48 EnWG sind keine Rechtsgrundlage für Konzessionsabgabe 169
b. KAEAnO/KAV ist keine Rechtsgrundlage für Konzessionsabgabe 174
c. Erhebung einer Konzessionsabgabe vom Eigenbetrieb durch Verwaltungsanweisung 175
2. Kausaler Zusammenhang zwischen Sondernutzung und Konzessionsabgabe 178
3. Kausaler Zusammenhang auch ohne Rechtsgrund 182
C. Merkmal der Bewertung 184
D. Exkurs: Rechtsgrundlage für die Konzessionierung von Abwasser und Fernwärme? 185

Ergebnis zum 2. Teil 187

3. Teil: Konzessionsabgaben und der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten 189

§ 1 Der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten als Korrektiv 189

§ 2 Kostenbezogene Erforderlichkeit von Konzessionsabgaben 191
A. Prüfungsmaßstab der kostenbezogenen Erforderlichkeit 191
B. Die Erforderlichkeit der Kostenart der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 194
1. Erforderlichkeit nach EnWG, KAV und KAEAnO 195
2. Erforderlichkeit nach den Eigenbetriebsregelwerken 195
a. Die angemessene Vergütung nach den Eigenbetriebsregelwerken 196
(1) Hessen 196
(2) Baden-Württemberg 198
(3) Nordrhein-Westfalen 200
(4) Mecklenburg-Vorpommern 201
(5) Rheinland-Pfalz 204
(6) Bayern 205

(7) Brandenburg 206
(8) Regelungen in den anderen Bundesländern 206
(9) Auswertung 208
b. Steuerrechtliche Anerkennung von Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 210
c. Angemessene Eigenbetriebsvergütung nur bei Beachtung der KAEAnO 214
d. Bewertung: Erforderliche Kostenart bei steuerrechtlicher Anerkennung 215
3. Erforderlichkeit nach der PreisVO und den LSP 217
a. Keine Anwendbarkeit der PreisVO bei „Auftrag" an Eigenbetrieb 218
b. Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten und wertmäßiger Kostenbegriff 219
c. Konzessionsabgaben als „sonstige Kosten" nach Nr. 34 LSP 221
4. Erforderlichkeit nach Vergaberecht 222
a. Keine harte Ausschreibungspflicht nach Kommunalabgabengesetzen 223
b. Diskriminierungsfreies Vergabeverfahren für Wasserkonzessionen 224
(1) Keine GWB-Vergabe von Wasserkonzessionen wegen § 149 Nr. 9 GWB 224
(2) Diskriminierungsfreie Vergabe nach §§ 117, 48 Abs. 3, 46 Abs. 1 S. 1 EnWG 225
(3) Diskriminierungsfreie Vergabe nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und AEUV 227
(4) Unsicherheiten bei der Ausgestaltung des wettbewerblichen Auswahlverfahrens 227
c. Beteiligung von Eigenbetrieben am Vergabeverfahren 228
d. Kostenbezogene Erforderlichkeit bei Vergabe an Eigenbetrieb 229
5. Erforderlichkeit nach interkommunalem Gebührenvergleich 231
6. Keine Erforderlichkeit wegen vorherigem kostenlosen Nutzungsrecht? 234
C. Die Erforderlichkeit des Kostenumfangs bei Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben 238

Ergebnis zu § 2 238

§ 3 Prüfungsmaßstab der einrichtungsbezogenen Erforderlichkeit 241

A. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und (Regie-)Kostenvergleich 241

1. Regiekostenvergleich und Abnehmerschutz vor übermäßigen und überflüssigen Kosten 241

2. Keine Pflicht zum Regiekostenvergleich, aber nachgelagerte Nachweisprobleme 244

B. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und Vergabeverfahren 245

C. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und interkommunaler Gebührenvergleich 247

Ergebnis zu § 3 249

§ 4 Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben im Regiekostenvergleich 250

A. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Nichtbeteiligungsgesellschaften 253

1. Konzessionsabgaben als ansatzfähige Kosten in der Gebührenkalkulation 253

2. Ansichten für die Gebührenfähigkeit 254

3. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit 257

4. Bewertung 258

a. Kein absoluter Grundsatz der fehlenden Erforderlichkeit bei Mehrkosten 259

b. Prüfung sachlicher Gründe und struktureller Ausnahmen für Mehrkosten 261

(1) Bundesrecht (EnWG/KAEAnO) bricht Landesrecht (KAG/GO) 261

aa. Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht 262

bb. KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben 264

cc. EnWG-Gesetzgeber wollte Realisierung der Konzessionsabgaben bei Gebühren 267

dd. Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebrauch 269

(2) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB 272
(3) Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer 275
(4) Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot 277
(5) Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete 278
(6) Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht 283
(7) Konzessionsabgabe in Nichtbeteiligungsfällen im Steuerrecht 291
Ergebnis zu A. 292
B. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Beteiligungs-/Eigengesellschaften 295
1. Konzessionsabgaben als ansatzfähige Kosten in der Gebührenkalkulation 296
2. Ansichten für die Gebührenfähigkeit 297
3. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit 298
4. Bewertung 299
a. Konzessionsabgabe von Beteiligungsgesellschaft keine illegale Finanzquelle 299
b. Konzessionsabgaben von Beteiligungsgesellschaft keine provozierte Kostenerhöhung 302
(1) Bundesgesetzgeber provoziert mit §§ 117, 48, 46 EnWG Kostenerhöhung 303
(2) Landesgesetzgeber provozieren bei wirtschaftlicher Tätigkeit Kostenerhöhung 304
aa. Hessen (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 304
bb. Brandenburg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 305
cc. Nordrhein-Westfalen (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 307
dd. Niedersachsen (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip) 307
ee. Baden-Württemberg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 308

ff. Bayern (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip) 309
gg. Thüringen (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip) 310
hh. Rheinland-Pfalz (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip) 311
ii. Saarland (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip) 312
jj. Sachsen (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip) 312
kk. Schleswig-Holstein (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip) 313
ll. Mecklenburg-Vorpommern (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip) 314
mm. Sachsen-Anhalt (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 315
nn. Hamburg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 315
oo. Berlin (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip) 316
pp. Bremen (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip) 317
(3) Auswertung 318
c. Explizite Ansatzfähigkeit in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz 320
d. Benachteiligungen von Beteiligungsgesellschaften bei Ausschreibungen 322
e. Konzessionsabgaben von Beteiligungsgesellschaften im Steuerrecht 324
f. Fehlende Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe und Beihilferecht 327
(1) Keine Beihilfe zugunsten des Abnehmers durch fehlende Gebührenfähigkeit 328

(2) Keine Beihilfe zugunsten der Eigengesellschaft 330
aa. Die Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinne 331
bb. Verzicht auf Konzessionsabgabe aus staatlichen Mitteln 333
cc. Befreiung von Konzessionsabgaben und Private-Investor-Test 334
dd. Nicht nur versuchte bzw. hypothetische Auswirkungen auf den Binnenmarkt 335
ee. Keine (Eignung zur) Verfälschung des Wettbewerbs 336
(3) Keine Beihilfe zugunsten von Nichtbeteiligungsgesellschaften 337
g. Verunmöglichung der Gründung und Beauftragung von Beteiligungsgesellschaften 337
h. Entsprechende Anwendung der Argumente bei Nichtbeteiligungsgesellschaften 339
(1) Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht 339
(2) KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben 340
(3) EnWG-Gesetzgeber will Konzessionsabgabenrealisierung bei Eigengesellschaften 340
(4) Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebrauch 341
(5) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB 341
(6) Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer 342
(7) Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot 342
(8) Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete 343
(9) Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht 344
Ergebnis zu B. 344

C. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Regiebetrieben 348
1. Möglichkeit der Erhebung einer Wasserkonzessionsabgabe von Regiebetrieben 348
a. Regiebetriebe sind Energieversorgungsunternehmen i.S.d. EnWG 348
b. KAEAnO, Handelsbilanz, Eigenkapital und Regiebetrieb 351
(1) Buchführungspflichten von Regiebetrieben 351
(2) Eigenkapital von Regiebetrieben 353
(3) Konzessionierung von Regiebetrieben in der Praxis 354
c. Fehlende praktische Relevanz des Regiebetriebs im Bereich der Wasserversorgung 355
2. Fehlende Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe vom Regiebetrieb 356
a. Eigenbetriebe und die wirtschaftliche Selbstständigkeit 357
b. Regiebetriebe und die wirtschaftliche Unselbstständigkeit 359
c. Eigenbetriebsregelwerke und der fingierte Vertragspartner 359
d. Regiebetriebe sind keine fingierten Vertragspartner, sondern Verwaltungsbestandteil 360
e. Konzessionsabgaben von Regiebetrieben sind keine betriebsbedingten Kosten 360
f. Konzessionsabgaben von Regiebetrieben sind keine kalkulatorischen Mieten 361
Ergebnis zu C. 362
D. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben 363
1. Ansichten für die Gebührenfähigkeit 363
2. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit 366
3. Bewertung 369
a. Regiekostenvergleich I: Konzessionsabgabe bei Betrieb in privater Form 370

b. Regiekostenvergleich II: Keine Konzessionsabgabe bei Betrieb durch Regiebetrieb 370
(1) Kein Kostenvergleich am Regiebetrieb in Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein 370
aa. Bayern (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 371
bb. Baden-Württemberg (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 371
cc. Saarland (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 372
dd. Rheinland-Pfalz (Wasserversorgung als Eigenbetrieb) 372
ee. Hessen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 372
ff. Thüringen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 374
gg. Sachsen-Anhalt (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 374
hh. Sachsen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 375
ii. Brandenburg (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 375
jj. Niedersachsen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 376
kk. Nordrhein-Westfalen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 376
ll. Schleswig-Holstein (Wasserversorgung als Eigenbetrieb) 377
mm. Mecklenburg-Vorpommern (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 377
nn. Berlin (Anwendungsbefehl für Anstalt des öffentlichen Rechts) 377
oo. Hamburg (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 378

pp. Bremen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb) 378
qq. Auswertung 378
(2) Keine strukturelle Ausnahme im Regiekostenvergleich bzgl. Konzessionsabgabe 378
c. Regiekostenvergleich III: Unzulässiger modifizierter Regiekostenvergleich 380
(1) Der modifizierte Regiekostenvergleich in der Rechtsprechung 380
aa. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99 381
bb. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 – 5 UZ 2618/04 381
cc. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI 382
dd. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS 382
ee. OVG Saarlouis, Urt. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19 383
(2) Fehlerhafte Subsumtion der Gerichte unter modifizierten Regiekostenvergleich 383
aa. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99 – kein Aufwand nach EigVO 383
bb. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 – 5 UZ 2618/04 – kein Aufwand nach EigBGes 385
cc. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI – kein Aufwand nach EigBGes 386
dd. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS – kein Abstellen auf EigBGes 386
ee. OVG Saarlouis, Urt. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19 – kein Aufwand nach EigVO 389
(3) Unzulässige Einzelkostenbetrachtung statt gebotener Gesamtkostenbetrachtung 389
(4) Modifizierter Regiekostenvergleich verstößt gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG 392
aa. Eingriff in die Wahlfreiheit der Organisationsform (Eigenbetrieb) 392
bb. Eingriff in die Wahlfreiheit des Benutzungsverhältnisses (Gebühren) 397

cc. Kein Eingriff in den Schutzbereich der Gewährleistung kommunalen Eigentums 401
dd. Keine Rechtfertigung der Eingriffe wegen Verstoßes gegen Willkürverbot 402
(5) Modifizierter Regiekostenvergleich und Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG 405
(6) Klassischer Regiekostenvergleich verstößt nicht gegen Willkürverbot 406
(7) Fehlende Ansatzfähigkeit beim Regiebetrieb verstößt nicht gegen Art. 28 GG 407
d. Sachliche Gründe und strukturelle Ausnahmen für Gebührenfähigkeit 407
(1) Konzessionsabgabe eines Eigenbetriebes zur Haushaltsfinanzierung 408
(2) Umweltpolitische Aspekte der Konzessionsabgabe als Grund für Mehrkosten 411
aa. Höhere Wasserpreise wirken Wasserverschwendung entgegen 412
α) Hoher Fixkostenanteil bei der Wassergewinnung 412
β) Möglichkeit der Erhebung von Grundgebühren nach den KAG 413
γ) Anteil von 40 % bis 60 % der Grundgebühr an den Gesamtgebühren 415
δ) Kostenüberschreitungsverbot verhindert „künstliche“ Verteuerung 416
ε) Konzessionsabgabe verteuert Grundgebühr und Verbrauchsgebühr 417
ζ) Auswertung 420
bb. Mehreinnahmen für bessere Infrastruktur zum schonenderen Wasserumgang 422
cc. Berücksichtigung umweltschonender Aspekte bei den Benutzungsgebühren 424
(3) Vorteile des Eigenbetriebs gegenüber Regiebetrieb zur Mehrkostenrechtfertigung 427
aa. Mehr Transparenz für Gemeinde und Bürger durch eigenes Kassensystem 427

bb. Stärkere Sachnähe und größere Flexibilität im operativen Bereich 429
cc. Fazit: Transparenz und Flexibilität stellen sachliche Gründe dar 430
(4) Keine rechtsmissbräuchliche Scheinrekommunalisierung 431
aa. „Flucht in die Gebühr“ 431
α) Kassel und Vellmar 432
β) Wuppertal 433
γ) Wetzlar 434
bb. Rekommunalisierung als Rechtsgebrauch und nicht als Rechtsmissbrauch 435
α) Von der Selbstverwaltungsgarantie geschützte Organisationsentscheidung 435
β) Gesetzgeber ermöglichte „sehenden Auges“ Flucht in die Gebühr 437
γ) GWB-Prüfungsregime ist „anders“, nicht „besser“ als KAG-Prüfungsregime 440
δ) Pflicht zur Rekommunalisierung aus der Einnahmenbeschaffungspflicht? 442
(5) Irrelevanz der rechtlichen Selbstständigkeit beim Gemeinderabatt 443
(6) Keine Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben nach BGH/BVerwG? 446
(7) Eine innerkörperschaftliche Verrechnung hindert Gebührenfähigkeit nicht 451
(8) Steuervorteile der nicht ansatzfähigen Konzessionsabgabe als ansatzfähige Kosten? 454
aa. Erhebung zur Verminderung der Steuerlast 454
bb. Ansatz und Versteuerung einer kalkulatorischen Kapitalverzinsung 455
cc. Ansatz und Versteuerung von Abschreibungen 458
dd. Ansatz und Versteuerung kalkulatorischen Unternehmerwagnisses 459
ee. Bewertung 460

(9) Sachliche Mehrkostengründe analog Nichtbeteiligungs-/Eigengesellschaft 463
aa. Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht 464
bb. KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben 464
cc. EnWG-Gesetzgeber will Konzessionsabgabenrealisierung auch bei Eigenbetrieben 464
dd. Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebrauch 465
ee. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB 465
ff. Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer 466
gg. Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot 466
hh. Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete 467
ii. Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht 468
jj. Kein Erschließen einer illegalen Finanzquelle 469
kk. Konzessionsabgaben keine provozierte Kostenerhöhung i.S.v. Thiem/Böttcher 469
ll. Wettbewerbsnachteil des Eigenbetriebs bei Konzessionsvergabe 470
mm. Explizite Ansatzfähigkeit in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz 470
nn. Die nichtgebührenfähige Konzessionsabgabe als Verlustgeschäft 471
Ergebnis zu D. 471
Ergebnis zu § 4 480
Ergebnis zum 3. Teil 484

4. Teil: Rechtsvergleichende Untersuchung 489

§ 1 Situation in Österreich 489

A. Die Wasserversorgung in Österreich 489
1. Organisation der Wasserversorgung in Österreich 490
2. Betriebsformen der Wasserversorgung 490
a. Freiheit des Benutzungsverhältnisses bei der Wasserversorgung 490
b. Freiheit der Organisation der Wasserversorgung 492
c. Der Eigenbetrieb in Österreich 495
3. Grundsätze der Wassergebührenbemessung 497
a. Fixe und variable Wassergebühren 497
b. Äquivalenzprinzip 498
4. Gebrauchsabgaben 500
a. Rechtsgrundlage 501
b. Sinn und Zweck von Gebrauchsabgaben 501
c. Wirtschaftliche Bedeutung der Gebrauchsabgabe 501

B. Gebrauchsabgaberegelungen in den einzelnen neun österreichischen Bundesländern 502
1. Burgenland 502
2. Kärnten 502
3. Niederösterreich 503
4. Oberösterreich 504
5. Salzburg 505
6. Steiermark 505
7. Tirol 506
8. Vorarlberg 507
9. Wien 507
10. Zwischenergebnis 507

C. Gebührenfähigkeit der Gebrauchsabgabe 508
1. Möglichkeit der Subsumtion des Eigenbetriebs unter Landesgesetze 508
2. KAEAnO, die Eigenbetriebe erfasst, als Grundlage für Österreich 510
3. Leistungsverkehr an Eigenbetriebe ist haushaltsintern zu vergüten 511
4. Steuervorteil als Zweck der Gebrauchsabgabe-/Benützungsabgabegesetze 511

5. Gebührenwirksamkeit der Gebrauchsabgabe als Verrechnungsposition (VRV) 513
Ergebnis zu § 1 515

§ 2 Situation in der Schweiz 516
A. Die Struktur der öffentlichen Wasserversorgung in der Schweiz 516
B. Öffentliche Abgaben 517
C. Grundprinzipien des Gebührenrechts 519
1. Geltung des Kostendeckungsprinzips mit Ausnahme bei Konzessionsgebühren 519
2. Äquivalenzprinzip – keine ausreichende Beschränkung bei Konzessionsgebühren 520
3. Legalitätsprinzip 522
D. Konzessionsgebühren als Gegenleistung für Verlegung von Wasserleitungen 523
1. Bundesrecht (Art. 664 Satz 1 ZGB) 524
2. Situation im Kanton Schwyz 525
a. Regelung in der Gemeinde Morschach 526
b. Regelung in der Gemeinde Arth 527
c. Finanzhaushaltsgesetz für die Bezirke und Gemeinden 528
Ergebnis zu § 2 529

5. Teil: Die Kontrolle von Wassergebühren de lege ferenda 531

§ 1 Die Situation bis zum Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle 532
A. Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle im GWB 2005 533
1. § 19 GWB – Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung 533
2. § 131 Abs. 6 GWB – Verschärfte Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgung 535
B. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ vom 02.02.2010 540
C. Die OLG Frankfurt-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar II“ vom 20.09.2011 543
D. Die BGH-Entscheidung „Niederbarnimer Wasserverband“ vom 18.10.2011 546

E. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw“ vom 15.05.2012 548

§ 2 Die 8. GWB-Novelle und der Bereich der Wasserwirtschaft 551

A. Überarbeitung der §§ 18, 19 GWB 551

B. Überführung der verschärften Aufsicht über Versorgungsunternehmen in das GWB 552

1. § 31 GWB – Verträge der Wasserwirtschaft 552

a. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB) 553

b. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB) 554

2. § 31a GWB – Meldepflichten 556

3. § 31b GWB – Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörden 557

C. Ausnahme der Marktmachtmissbrauchskontrolle von Gebühren und Beiträgen 559

D. Keine Bereichsausnahme der Missbrauchsaufsicht bei Durchleitungsansprüchen 560

E. Auskunftsansprüche gegen Wassergebühren erhebende Versorgungsunternehmen 562

F. Übersicht: Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle nach der 8. GWB-Novelle 563

§ 3 Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten 567

A. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB) 567

1. Ermittlung gleichartiger Unternehmen 567

a. Bewertung der Gleichartigkeit der Unternehmen nach Gesamtkosten 568

b. Berücksichtigung weiterer Kriterien ggf. erst auf Rechtfertigungsebene 570

2. Prüfung des Vorliegens ungünstigerer Preise 572

a. Bildung von Typfällen 572

b. Erlösvergleich 573

c. Sicherheitszuschlag und Erheblichkeitszuschlag 574

3. Nachweis der fehlenden Zurechenbarkeit des ungünstigeren Preises 575

a. Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet 576

b. Anspruchsvolle Bodenverhältnisse 577

c. Komplexe Infrastrukturbedingungen 578

d. Aufwendige Wassergewinnung 579
e. Kalkulatorische Kosten 581
f. Erneuerungs- und Instandhaltungskosten 584
g. Wasserentnahmeentgelt 586
h. Hausanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse 590
i. Wiedervereinigungsbedingte Kosten 591
j. Freiwillig übernommene Verpflichtungen 592
k. Optimierungskonzept und Rationalisierungsreserven 592
l. Unterschreitung der Kostendeckung 594

B. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB) 595
1. Die OLG-Entscheidung „Wasserpreise Calw II“ vom 05.09.2013 596
a. Untersuchung der aufwandsgleichen Kosten 597
(1) Sonstige betriebliche Aufwendungen 597
(2) Personal 598
(3) Fremdleistungen 600
(4) Fremdkapitalzinsen 601
(5) Wasserbezugskosten 601
b. Untersuchung der kalkulatorischen Kosten 602
(1) Kalkulatorische Abschreibungen 603
(2) Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung 605
(3) Kalkulatorische Gewerbesteuer 607
(4) Kalkulatorische Konzessionsabgabe 608
c. Erheblichkeitszuschlag 608
d. Zurückverweisung zur erneuten Bescheidung an die Landeskartellbehörde 608
2. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw II“ vom 14.07.2015 609
3. Vergleich zwischen Landeskartellbehörde und der Energie Calw GmbH 612

C. Auswertung 613
1. Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung bei Abschreibungen 613
2. Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung bei Wasserbezugskosten 616
3. Bewertung von Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung 617

§ 4 Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle in der Praxis 621
A. Beurteilung der „Wasserpreise Wetzlar“ 622
1. Wasserbezugskosten 622
2. Personalkosten 624
3. Laufende Betriebskosten 625
4. Löschwasser 625
5. Kapitalkosten 626
6. Zwischenergebnis 626
B. Beurteilung der „Wasserpreise Gießen“ 630
1. Wasserbezugskosten 632
2. Personalkosten 632
3. Fixkosten 633
4. Kalkulatorische Kosten 633
5. Zwischenergebnis 633
C. Auswertung 636
§ 5 Vor- und Nachteile kartellrechtlicher Prüfungsverfahren im Gebührenrecht 637
A. Eingeschränkte wettbewerbliche Effizienzüberlegungen im Gebührenrecht 638
B. Keine Verbesserung durch Übernahme der Preisbildungsfaktorenkontrolle ersichtlich 642
C. Unterschiedlichkeit der Effizienzbegriffe im GWB und in den KAG 642
1. Beispiel: Wasserbezugskosten 643
2. Beispiel: Kapitalkosten 647
a. Kalkulatorische Abschreibungen 647
b. Kalkulatorischer Gewinn 649
c. Kalkulatorische Zinsen 651
d. Eigen- und Fremdkapitalquote 652
3. Beispiel: Freiwillige Leistungen 654
4. Beispiel: Optimierungskonzept 656
5. Auswertung: Wettbewerb als GWB-Leitmotiv vs. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit 658
D. Vergleichsmarktprüfung zeigt wettbewerbliche Effizienzpotenziale 659
E. Erweiterung bestehender gebührenrechtlicher Kostenvergleichssysteme 660

§ 6 Implementierung der Vergleichsmarktprüfung de lege ferenda 663
A. Keine kartellrechtliche Vergleichsmarktprüfung durch Kommunalaufsichten 663
B. Keine Ausdehnung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Wassergebühren 665
C. Beteiligung der Kartellbehörden im Rahmen der Gebührenprüfung 667
1. Kartellrechtliche Gebührenkontrolle de lege ferenda 667
a. Keine sektorspezifische Regulierung durch obligatorische Satzungskontrolle 668
b. Kartellrechtliches Initiativrecht zur Durchführung einer Überörtlichen Prüfung 669
c. Sicherstellung der Beteiligung der Kartellbehörde durch Anpassung des ÜPKKG 670
2. Anpassung des § 31b GWB zur Erweiterung von Auskunftsrechten 672
3. Veröffentlichungspflicht des Prüfungsergebnisses 673
4. Verbesserung des Demokratieprinzips und Beispielwirkung für den Gesamtmarkt 674

Ergebnis zum 5. Teil 677

Literatur- und Quellenverzeichnis 683

Stichwortverzeichnis 701

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.F.	alte Fassung
A/KAE	Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung
aaO	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AL	Aktualisierung
AllMBl.	Allgemeines Ministerialblatt
Alt.	Alternative
Amtsbl.	Amtsblatt
AmtsBl. M-V	Amtsblatt für Mecklenburg-Vorpommern
AO	Abgabenordnung
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
ATT	Arbeitsgemeinschaft Trinkwassertalsperren e.V.
Aufl.	Auflage
AVBWasserV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch

BauO LSA	Bauordnung des Landes Sachsen-Anhalt
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayKAG	Bayerisches Kommunalabgabengesetz
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg
BbgStrG	Brandenburgisches Straßengesetz
BbgWG	Brandenburgisches Wassergesetz
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BerlBG	Berliner Betriebe-Gesetz
BerlStrG	Berliner Straßengesetz
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
Bgld. GemO	Burgenländische Gemeindeordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
Brem.GBl.	Bremisches Gesetzblatt
BremGebBeitrG	Bremisches Gebühren- und Beitragsgesetz
BremLStrG	Bremisches Landesstraßengesetz
BremSVG	Bremisches Sondervermögensgesetz
BremWEGG	Gesetz über die Erhebung einer Wasserentnahmegebühr
BremWG	Bremisches Wassergesetz
bspw.	beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BWG	Berliner Wassergesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
D/KAE	Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenanordnung und zu ihrer Ausführungsanordnung
DB	DER BETRIEB (Zeitschrift)
DBVW	Deutscher Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft e.V.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs.	Drucksache
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.
DWA	Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
e.V.	eingetragener Verein
EBV	Eigenbetriebsverordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
EigAnVO	Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung
EigBetrVO	Eigenbetriebsverordnung
EigBG	Eigenbetriebsgesetz
EigBGes	Eigenbetriebsgesetz
EigBVO	Eigenbetriebsverordnung
EigBVO-HGB	Eigenbetriebsverordnung-HGB
EigG	Eigenbetriebsgesetz
EigV	Eigenbetriebsverordnung
EigVO	Eigenbetriebsverordnung

EigVOVV M-V	Hinweise zur Anwendung der Eigenbetriebsverordnung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWeRK	Zeitschrift für Energie- und Wettbewerbsrecht
FAG	Finanzausgleichsgesetz
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FHG-BG	Finanzhaushaltsgesetz für die Bezirke und Gemeinden
Fn.	Fußnote
F-VG	Finanz-Verfassungsgesetz
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GBl.	Gesetzblatt für Baden-Württemberg
GebBtrG	Gesetz über Gebühren und Beiträge
GebG	Gebührengesetz
GebWVS	Gebührensatzung zur WVS
Gem. RdErl.	Gemeinsamer Runderlass
GemHVO-Kameral	Gemeindehaushaltsverordnung-Kameral
GemO	Gemeindeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Die Gemeindekasse (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen

GOG	Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke
GPA	Gemeindeprüfungsanstalt
GR-Drs.	Gemeinderats-Drucksache
GrdWasEntgG SL	Saarländisches Grundwasserentnahmeentgeltgesetz
GruwaG	Grundwassergebührengesetz
GruWAG	Grundwasserabgabengesetz
GV. NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVOBl. M-V	Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg-Vorpommern
GVOBl. Schl.-H.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein
GWA	Gemeindewerke Arth
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HmbAbwG	Hamburgische Abwassergesetz
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStrG	Hessisches Straßengesetz
HVwKostG	Hessisches Verwaltungskostengesetz
HWG	Hessisches Wassergesetz
i.S.d.	im Sinne des/der
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbsrecht
KA	Konzessionsabgabe
KAE	siehe KAEAnO
KAEAnO	Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände
KAG	Kommunalabgabengesetz
KAG M-V	Kommunalabgabengesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern
KAG-LSA	Kommunalabgabengesetz für das Land Sachsen-Anhalt

K-AGO	Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung
Kap.	Kapitel
KAV	Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas
KG	Kostengesetz
KG Berlin	Kammergericht Berlin
K-GGBG	Kärntner Gemeindegrund-Benützungsabgabegesetz
K-GWVG	Kärntner Gemeindewasserversorgungsgesetz
KOM	Mitteilungen der Kommission (Mitteilungsblatt)
KommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz
KUV	Verordnung über Kommunalunternehmen
KV M-V	Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LGBl	Landesgesetzblatt
LGebG	Landesgebührengesetz
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LSA WG	Wassergesetz für das Land Sachsen-Anhalt
LSP	Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten
LStrG	Landesstraßengesetz
LT-Drs.	Drucksachen des Landtags von Baden-Württemberg
LWaG	Wassergesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern
LWEntG	Wasserentnahmeentgeltgesetz Rheinland-Pfalz
LWG	Landeswassergesetz
m.a.W.	mit anderen Worten

Mio.	Million(en)
Missbrauchsvfg.	Missbrauchsverfügung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittNWStGB	Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen
Mrd.	Milliarde(n)
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NKAG	Niedersächsisches Kommunalabgabengesetz
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NÖ GO	Niederösterreichische Gemeindeordnung
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStrG	Niedersächsisches Straßengesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NWG	Niedersächsisches Wassergesetz
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
ÖGPP	Österreichische Gesellschaft für Politikberatung und Politikentwicklung
OLG	Oberlandesgericht
Oö. GAG	Oberösterreichisches Gebrauchsabgabengesetz
Oö. GemO	Oberösterreichische Gemeindeordnung
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖVGW	Österreichische Vereinigung für das Gas- und Wasserfach
PBG	Planungs- und Baugesetz
PdK	Praxis der Kommunalverwaltung
PPP	Public Private Partnership
PreisstoppVO	Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26.11.1936

PreisVO	Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen
RAnz	Reichsanzeiger
rd.	rund
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer(n)
Rp	Rappen
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(n)
Sächs. Amtsbl.	Sächsisches Amtsblatt
SächsEigBVO	Sächsische Eigenbetriebsverordnung
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsKAG	Sächsisches Kommunalabgabengesetz
SächsStrG	Sächsisches Straßengesetz
SächsWG	Sächsisches Wassergesetz
Sbg GdO	Salzburger Gemeindeordnung
SH	Schleswig-Holstein
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte
Sp.	Spiegelstrich
SStrG	Saarländisches Straßengesetz
StrG	Straßengesetz
StrG LSA	Straßengesetz für das Land Sachsen-Anhalt
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
StrWG	Straßen- und Wegegesetz
StrWG – MV	Straßen- und Wegegesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern
StrWG NRW	Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
SVGW	Schweizerischer Verein des Gas- und Wasserfaches
SWG	Saarländisches Wassergesetz
ThürEBV	Thüringer Eigenbetriebsverordnung
ThürKAG	Thüringer Kommunalabgabengesetz

ThürKO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung
ThürStrG	Thüringer Straßengesetz
ThürWG	Thüringer Wassergesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TrinkwV	Trinkwasserverordnung
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
ÜPKKG	Gesetz zur Regelung der überörtlichen Prüfung kommunaler Körperschaften in Hessen
Urt.	Urteil
v.	vom
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
Vfg.	Verfügung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VKU	Verband kommunaler Unternehmen e.V.
VRV	Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung
WasEG	Wasserentnahmeentgeltgesetz Nordrhein-Westfalen
WG	Wassergesetz
WG LSA	Wassergesetz Sachsen-Anhalt
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WLV-Gesetz	Gesetz über den Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland
WRRL	Wasserrahmenrichtlinie
WStV	Wiener Stadtverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Wirtschaft und Wettbewerb
WVG	Wasserversorgungsgesetz
WVS	Wasserversorgungssatzung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
zzgl.	zuzüglich

Einleitung

§ 1 Problemaufriss

Dass meteorologische Phänomene Auswirkungen auf das Wasser haben, überrascht nicht - Wind stellt die Hauptursache für Wellen dar. Dass der Wasserbereich auch in rechtlicher Hinsicht von Wellen betroffen ist, dagegen schon. Gerade das letzte Jahrzehnt war insofern in rechtlicher Hinsicht „stürmisch".

Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten fristete lange Zeit einen Dornröschenschlaf.[1] Im Jahr 2010 entwickelte der BGH in seiner Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar" erstmals Maßstäbe für die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle im Wege der Vergleichsmarktprüfung im Bereich der Trinkwasserversorgung.[2] Nicht nur die von der Entscheidung unmittelbar betroffene Stadt Wetzlar beschloss auf Grund dieser Entscheidung, die Wasserversorgung zu rekommunalisieren, um einer kartellrechtlichen Kontrolle der Wasserentgelte zu entgehen.[3] Das OLG Düsseldorf sprach vielmehr von einem größeren Phänomen, wenn es konstatierte, dass insbesondere auf Grund dieser Entscheidung des BGH „*einige Wasserversorger, die bislang privatrechtliche Entgelte berechnet hatten, im Rahmen einer so genannten Rekommunalisierung schon die „Flucht in das Gebührenrecht" angetreten [hatten], um so einer Überprüfung ihrer Preisgestaltung durch die Kartellbehörden zu entgehen*"[4]. Auf Grund einer kartellrechtlichen Preissenkungsverfügung erfolgte auch die Rekommunalisierung der bis dahin privatrechtlich ausgestalteten Wasserversorgung in den Städten Kassel und Vellmar.[5] Insofern lässt sich von einer Rekommunalisierungswelle sprechen.

Bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung sind die Wasserversorger nicht nur der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle un-

1 *Kerber*, Der unterschätzte Rohstoff, 2010, S. 7; *Schwarze*, Wirtschaftsdienst 2001/VII, 395 (397).

2 BGH, Beschl. v. 02.02.2010 - KVR 66/08 (Wasserpreise Wetzlar).

3 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 20.09.2011 - 11 W 24/11 (Kart) (Rekommunalisierung), Rn. 2, zitiert nach juris.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2014 - VI-2 Kart 4/12 (V), 2 Kart 4/12 (V) (Berliner Wasserbetriebe), Rn. 35, zitiert nach juris.

5 Kasseler Verkehrs- und Versorgungs-GmbH, KVV Geschäftsbericht 2013, S. 23.

terworfen, sondern auch der zivilrechtlichen Entgeltkontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Für die Leitungsverlegung und den Leitungsbetrieb zahlen die Wasserversorger privatrechtliche Entgelte an die Gemeinde für die Sondernutzung des gemeindlichen Grund und Bodens (Konzessionsabgabe). Die Konzessionsabgaben stellen gewichtige Instrumente der gemeindlichen Haushaltsfinanzierung dar. Da die Konzessionsabgabe zur Kostenstruktur des Wasserversorgers zählt, ist sie mithin auch Bestandteil der Kostenkalkulation und damit des Wasserpreises. Der Abnehmer zahlt mithin (mittelbar) über den Wasserpreis die Konzessionsabgabe. Der BGH entschied im Rahmen der Entgeltkontrolle, dass die Ansatzfähigkeit von Konzessionsabgaben bei der Preisbestimmung keinen Bedenken begegnet.[6]

Die „Flucht" in das öffentlich-rechtliche Forum (*forum shopping)* führte aber zu neuen rechtlichen Fragestellungen, die die überwiegende Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht im Sinne der Gemeinden beantwortete. Zwar besteht bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Abnehmerbeziehung über Benutzungsgebühren keine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht, § 185 Abs. 1 S. 2 GWB. Die Wasserentgelte müssen sich aber nun an gebührenrechtlichen Prinzipien messen lassen. Diese gebührenrechtlichen Prinzipien seien nach Auffassung des VG Kassel und des VGH Kassel bei der gewählten Konstruktion der Rekommunalisierung in den Städten Kassel und Vellmar verletzt worden. Die Rekommunalisierung in Kassel und Vellmar lief dergestalt ab, dass die Wasserversorgung nunmehr als öffentliche Einrichtung betrieben wurde, wobei sich die Stadt eines Eigenbetriebs (Sondervermögen) bedient. Da die zur Wasserversorgung notwendigen Anlagen noch im Eigentum des (ehemaligen wasserversorgenden) privaten Unternehmens standen, pachtete der Eigenbetrieb sie. Der Private wurde auch an der Aufgabenerfüllung mit Dienstleistungen beauftragt. Hierfür bekommt der Private vom Eigenbetrieb ein Pacht- und Dienstleistungsentgelt. Da der Private für die Sondernutzung des gemeindlichen Verkehrsraums eine Konzessionsabgabe an die Stadt zahlt, welche somit zu seiner Kostenstruktur gehört, ist sie auch eingepreist in das Pacht- und Dienstleistungsentgelt. In allen Bundesländern sind an Private gezahlte Entgelte im Rahmen der (Benutzungs-)Gebührenkalkulation grundsätzlich ansatzfähig, können also in die Gebühr eingestellt werden. Das VG Kassel sah dies für den Konzessionsabgabenbestandteil des Entgelts anders. Das Gericht begründete seine Auffassung damit, dass die Konstellation nicht anders sei, als wenn die Konzessionsabgabe direkt vom

6 BGH, Urt. v. 01.07.1971 - KZR 16/70, Rz. 17 (Elektrizitätsversorgung), zitiert nach juris.

Eigenbetrieb erhoben würde. Die (über den Privaten) gewählte Konstruktion sei *„im Ergebnis aber nicht anders zu beurteilen[...]"*[7]. Der VGH Kassel stützte die Entscheidung des VG Kassel.[8]

Unabhängig davon, ob die gewählte Konstruktion tatsächlich im Ergebnis nicht anders zu beurteilen ist als bei direkter Wahrnehmung der Aufgabe durch einen Eigenbetrieb, scheint die Rechtsauffassung der fehlenden Gebührenfähigkeit einer von einem Eigenbetrieb für die Sondernutzung des Verkehrsraums gezahlten Konzessionsabgabe unangegriffen. Maßgeblich stützt sich diese Rechtsauffassung auf eine Entscheidung des OVG Schleswig aus dem Jahr 2001. Hiernach seien sonderrechtsbedingte Verschiebungen, die sich auf Grund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung ergeben, gebührenrechtlich unbeachtlich.[9]

Sollte die Konzessionsabgabe als Bestandteil des Pacht- und Dienstleistungsentgelts nicht gebührenfähig sein, könnte eine erneute Privatisierungswelle drohen. Entsprechendes gilt, wenn sich die Rechtsauffassung durchsetzt, die von einem Eigenbetrieb gezahlte Konzessionsabgabe sei nicht gebührenfähig. Denn der größte Teil der ca. 6.000 Wasserversorger in Deutschland sind Regie- und Eigenbetriebe.[10] Mit einer „Flucht ins Privatrecht" würde man sich zwar wiederum der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle aussetzen, könnte aber wenigstens die zur Gemeindefinanzierung notwendige Konzessionsabgabe erhalten.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe. Dies geschieht nicht nur für die in den Städten Kassel und Vellmar gewählte (wenn auch nicht unübliche) Konstruktion, sondern organisationsformübergreifend für rein private Gesellschaften, Eigengesellschaften, Regiebetriebe und Eigenbetriebe. Dabei wird auch die Rechtslage in Österreich und in der Schweiz analysiert. Es wird geprüft, ob Teile der kartellrechtlichen Effizienzkontrolle für die kommunalaufsichtsrechtliche Gebührenprüfung nutzbar gemacht werden können, um den Abnehmerschutz zu stärken, ohne die Gemeindefinanzierung zu gefährden.

7 VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 - 6 K 412/13.KS, Rn. 58, zitiert nach juris.
8 VGH Kassel, Urt. v. 11.12.2018 – 5 A 1305/17.
9 OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99, Rn. 18, zitiert nach juris.
10 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

§ 2 Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in fünf Teile und 26 (Unter-)Kapitel gegliedert.

Im ersten Teil werden die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen geschaffen, die für eine Untersuchung der Frage der Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe erforderlich sind. So erfolgt eine Darstellung etwa der Organisation der Wasserversorgung in Deutschland, der rechtlichen Grundlagen für die Erhebung einer Konzessionsabgabe, der Motive und Modelle für Privatisierungen und Rekommunalisierungen, der öffentlich-rechtlichen Entgelte und der ergangenen Entscheidungen zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe.

Im zweiten Teil beginnt der Einstieg in die gebührenrechtliche Prüfung. In allen Bundesländern orientiert sich die Bemessung der Benutzungsgebühren an den Kosten der Einrichtung, die wiederum nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln sind. Es wird im Allgemeinen geprüft, ob Leistungen von juristischen Personen und unselbstständigen Verwaltungsteilen (bspw. Eigenbetrieben) ansatzfähige Kosten sind. Sodann wird im Speziellen untersucht, ob Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben Kosten nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen darstellen.

Der dritte Teil widmet sich der Frage, ob die Konzessionsabgabe eines Eigenbetriebs gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten verstößt. Hierbei wird zunächst geprüft, ob die Konzessionsabgabe nach Art und Umfang angemessen ist (kostenbezogene Erforderlichkeit). Sodann wird untersucht, ob die einrichtungsbezogene Erforderlichkeit besteht, ob mithin durch die Erhebung einer Konzessionsabgabe vom Eigenbetrieb Mehrkosten gegenüber einer anderen Organisationsform vorliegen (private Gesellschaft, Eigengesellschaft, Regiebetrieb).

Im vierten Teil wird die Situation in Österreich und in der Schweiz eruiert. Die Auslegung von Gesetzen sollte zu gerechten Ergebnissen führen. Insofern scheint es in Rechtsprechung und Literatur, als wäre die Konzessionierung von Eigenbetrieben mit einem sittlichen Makel belegt. Die Rechtsvergleichung kann insofern helfen, sowohl Erkenntnisse über die Gebührenfähigkeit von Konzessionsabgaben von rechtlich unselbstständigen Verwaltungsteilen zu gewinnen, als auch darüber, ob die Belegung mit einem sittlichen Makel gerechtfertigt ist.

Die Arbeit schließt im fünften Teil mit einer Untersuchung, ob die Existenz zweier Prüfungsregime – der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle einerseits und der kommunalrechtlichen Gebührenaufsicht andererseits – zu unterschiedlichen Schutzstandards führt. Es werden Überlegungen *de*

lege ferenda angestellt, wie wettbewerbliche Effizienzgesichtspunkte verstärkt Berücksichtigung im Kommunalaufsichtsrecht finden können, ohne die Interessen der Gemeinden (insbesondere Gemeindefinanzierung) zu gefährden.

Da die relevanten Teile und Kapitel mit einer Zusammenfassung enden, die die zentralen Thesen enthalten, wird auf eine abschließende (erneute) Thesendarstellung verzichtet.

1. Teil: Die deutsche Trinkwasserversorgung und das Konzessionswesen

In diesem ersten Teil wird in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in die Materie eingeführt. Hierzu erfolgen Ausführungen zur Struktur der deutschen Wasserversorgung (§ 1), zur Höhe und Zusammensetzung des Wasserentgelts (§ 2) sowie zu den privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (§ 3). Es wird auf die verschiedenen Aufgaben der Gemeinden eingegangen und die Trinkwasserversorgung eingeordnet (§ 4). Sodann wird die Geschichte des Trinkwasserkonzessionswesens in Deutschland vorgestellt (§ 5). Auf die Regelungen des im Jahr 1941 eingeführten und auch heute noch gültigen preisrechtlichen Rahmens für Konzessionen im Wasserbereich wird eingegangen (§ 6). Die rechtliche Qualifikation von Trinkwasserkonzessionen wird ebenso untersucht, wie ihre wirtschaftliche Bedeutung (§ 7). Es wird dargelegt, welche nationalen und europäischen Entwicklungen es im Bereich des Konzessionswesens gab (§ 8). Auf die den Anlass dieser Arbeit bildenden Privatisierungen und Rekommunalisierungen wird eingegangen (§ 9). Das System der öffentlich-rechtlichen Entgelte wird vorgestellt, wobei insbesondere eine Auseinandersetzung mit den Benutzungsgebühren für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen erfolgt (§ 10). Sodann werden die zentralen Entscheidungen zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe dargelegt (§ 11).

§ 1 Struktur der deutschen Wasserversorgung

Für Deutschland konnte das Statistische Bundesamt für das Jahr 2016 eine Anzahl von 5.845 Wasserversorgungsunternehmen ermitteln.[11]

11 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

A. Kleinteiligkeit der Wasserversorgung

Die Wasserversorgung in Deutschland weist eine sehr kleinteilige Struktur auf.[12] Dies gilt auch im europäischen Vergleich. Vergleicht man die Versorgungsdichte, so erfolgte die Versorgung von 1 Million Einwohner in Deutschland durch 88,1 Wasserversorgungsunternehmen. In den anderen europäischen Staaten lag dieser Wert deutlich darunter (England/Wales: 0,7; Niederlande: 4,4; Frankreich: 0,13; Italien: 2,3).[13]

Diese Kleinteiligkeit ist auf rechtliche, technische und ökonomische Umstände zurückzuführen.

In rechtlicher Hinsicht wird die Kleinteiligkeit durch das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltsgesetz (WHG[14]) begünstigt. Nach § 50 Abs. 2 S. 1 WHG ist der Wasserbedarf vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken, soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen. Nach § 50 Abs. 2 S. 2 WHG darf der Bedarf insbesondere dann mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden, wenn eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann. Der Bundesgesetzgeber begründete diese Regelung mit den folgenden Erwägungen: „*Der Grundsatz der ortsnahen Wasserversorgung trägt wesentlich zum vorsorgenden und flächendeckenden Grundwasserschutz bei, einem der wichtigsten wasserwirtschaftlichen Leitprinzipien in Deutschland. […] Eine Fernwasserversorgung ist dann zulässig, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern. Dies ist u. a. der Fall, wenn aufgrund von*

12 *Coenen/Haucap*, WuW 2014, 356 (359); *Hoffjan/Lechtenberg/Schuchardt*, ZögU 2011, 325 (326); *Schwarze*, Wirtschaftsdienst 2001/VII, 395 (396); *Botez*, Kontrolle von privatrechtlichen Wasserpreisen und öffentlich-rechtlichen Wassergebühren nach der 8. GWB-Novelle, 2016, S. 36; *Heidecker*, Aktuelle Fragen der Preismissbrauchsaufsicht über Unternehmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung, 2012, S. 54-55; *Oelmann*, Zur Neuausrichtung der Preis- und Qualitätsregulierung in der deutschen Wasserwirtschaft, 2019, S. 22-23; *Ewers/Botzenhart/Jekel/Salzwedel/Kraemer*, BMWi-Forschungsvorhaben (11/00): Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Juli 2001, S. 11.

13 *Oelmann*, Zur Neuausrichtung der Preis- und Qualitätsregulierung in der deutschen Wasserwirtschaft, 2019, S. 23; *Ewers/Botzenhart/Jekel/Salzwedel/Kraemer*, BMWi-Forschungsvorhaben (11/00): Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Juli 2001, S. 11; *Hoffjan/Lechtenberg/Schuchardt*, ZögU 2011, 325 (326).

14 Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 31.07.2009, BGBl I 2009, 2585, das zuletzt durch das Gesetz vom 19.06.2020 geändert worden ist.

Menge oder Beschaffenheit der örtlichen Wasservorkommen eine auf Dauer gesicherte Trinkwasserversorgung nicht gewährleistet werden kann oder wenn die damit verbundenen finanziellen Aufwendungen nicht mehr zumutbar sind.“[15]. Eine Fernwasserversorgung findet u.a. in München (Alpenwasser), Bremen (Harzwasser) und Stuttgart (Bodenseewasser) statt.[16]

In technischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass eine Vermischung verschiedener unbedenklicher Trinkwasser zu hygienischen Risiken aufgrund unerwünschter chemischer Reaktionen führen kann.[17] Vom deutschen Wasseraufkommen wird 61,3 % aus Grundwasser gewonnen, 12,3 % aus See- und Talsperrenwasser, 9,3 % aus angereichertem Grundwasser, 8 % aus Uferfiltrat, 7,9 % aus Quellwasser und 1,2 % aus Flusswasser.[18] Bei Uferfiltrat handelt es sich um durch Brunnen gefördertes Flusswasser, das in Ufernähe durch das Erdreich versickert und hierbei zwar grundsätzlich eine Qualitätsverbesserung erfährt[19], aber weiterer Aufbereitung bedarf.[20] Entsprechendes gilt, wenn nicht ausreichend Grundwasser vorhanden ist, das mit Oberflächenwasser, welches durch den Boden versickert, angereichert wird (angereichertes Grundwasser). Auch hierbei ist eine aufwendige Aufbereitung des angereicherten Grundwassers auf Grund der Entfernung noch bestehender Verunreinigungen unumgänglich.[21] Aber auch die Aufbereitung von See- und Talsperrenwasser ist aufwendig, da einerseits kein Reinigungsprozess durch Bodenschichten stattgefunden hat, andererseits die bestehenden Verschmutzungen – anders als bei einem Fluss – nicht abtransportiert werden.[22]

Die Kleinteiligkeit der deutschen Wasserversorgung wird auch durch ökonomische Umstände begünstigt. Muss Wasser über weite Strecken trans-

15 Begründung zum Änderungsantrag der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Entwurf der Bundesregierung eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes vom 12.03.2002, BT-Drs. 14/8668, S. 7.

16 Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 14.

17 Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 14; *Wolfers/Wollenschläger*, EnWZ 2013, 71 (72).

18 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 18.

19 *Karger/Hoffmann*, Wasserversorgung: Gewinnung – Aufbereitung – Speicherung – Verteilung, 14. Aufl. 2013, S. 78.

20 *Bracht*, Effizienzsteigerungen in der deutschen Wasserversorgung, 2008, S. 48.

21 *Wricke*, in: Mutschmann/Stimmelmayr (Hrsg.), Taschenbuch der Wasserversorgung, 17. Aufl. 2019, S. 235.

22 *Bracht*, Effizienzsteigerungen in der deutschen Wasserversorgung, 2008, S. 48.

portiert werden, entstehen höhere Wasserverluste als auf kürzeren Strecken.[23] Dies wirkt sich auf die Gesamtkosten des Unternehmens aus. Der Transport von Wasser über lange Strecken wäre auch anlagenintensiv (Leitungen und Grabungskosten, Pumpstationen), die die Gesamtkosten belasten.[24]

B. Wasserqualität und Zustand der Versorgungsinfrastruktur

Das Trinkwasser in Deutschland ist von guter bis sehr guter Qualität.[25] In Deutschland regelt die Trinkwasserverordnung (TrinkwV) die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch.[26] Ausweislich aktueller Messungen erfüllen die mikrobiologischen und chemischen Parameter zu 99 % die gesetzlichen Anforderungen.[27]

Im Jahr 2013 betrug das Gesamtwasseraufkommen der kommunalen Versorger ca. 5 Mrd. m³ Wasser, wobei 3,5 Mrd. m³ Wasser (70 %) an Kleingewerbe- und Haushaltskunden abgegeben wurden und der Rest (30 %) an größere Gewerbeunternehmen und öffentliche Einrichtungen.[28]

Der Wasserverlust in Deutschland lag im Jahr 1998 bei 600,4 Mio. m³ Wasser, was einem Leitungsverlust von 10,93 % entsprach.[29] Im Jahr 2007 konnte der Wasserverlust auf 462 Mio. m³ Wasser abgesenkt werden.[30] Im Jahr 2015 betrug die Wasserverlustquote 6,8 %, womit Deutschland in Europa den niedrigsten Wert erreicht.[31] Nach *Otillinger/Szymansky* wäre eine noch

23 Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 73.
24 Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 14.
25 Bericht des Bundesministeriums für Gesundheit und des Umweltbundesamtes, Bericht über die Trinkwasserqualität in Deutschland 2017 bis 2019, Januar 2021, S. 1.
26 § 2 Abs. 1 S. 1 Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserverordnung - TrinkwV), zuletzt geändert durch Verordnung vom 19.06.2020.
27 Bericht des Bundesministeriums für Gesundheit und des Umweltbundesamtes, Bericht über die Trinkwasserqualität in Deutschland 2017 bis 2019, Januar 2021, S. 23-24.
28 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit/Umweltbundesamt, Wasserwirtschaft in Deutschland, 2017, S. 56-57.
29 *Bracht*, Effizienzsteigerungen in der deutschen Wasserversorgung, 2008, S. 146-147.
30 *Laskowski*, Kritische Justiz 2011, 185 (186).
31 *Thimet*, in: Wuttig/Thimet (Hrsg.), Gemeindliches Satzungsrecht und Unternehmensrecht, 75. AL (Stand: 02/2019), Teil IX Frage 1, S. 15-16.

größere Absenkung des Wasserverlustes nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand zu erzielen.[32]

§ 2 Höhe des Wasserentgelts und Kostenstruktur in der Wasserversorgung

Der landesspezifische Wasserpreis lag – kaufkraftangepasst – 2018 bei 1,99 €/m³, verglichen mit England/Wales (1,38 €/m³), Frankreich (1,96 €/m³), den Niederlanden (1,52 €/m³), Österreich (1,82 €/m³) und Polen (1,86 €/m³) lag Deutschland an der Spitze.[33] Damit setzt Deutschland einen Trend fort. Bereits vor der Jahrtausendwende lag Deutschland im europäischen Vergleich an der Spitze mit 2,85 DM/m³ gegenüber Dänemark (0,80 DM/m³), England/Wales (1,70 DM/m³), Frankreich (2,00 DM/m³), Italien (0,70 DM/m³), den Niederlanden (2,70 DM/m³) und Spanien (0,40 DM/m³).[34]

Aber auch in Deutschland variiert das Mengenentgelt für Wasser stark. So lag es im Jahr 2019 im Mittel bei Gemeinden, bei denen ein Grund- und Mengenentgelt zu entrichten ist, in Niedersachsen bei 1,31 €/m³ (brutto), in Rheinland-Pfalz bei 1,75 €/m³ (brutto) und in Baden-Württemberg bei 2,20 €/m³ (brutto).[35]

32 *Otillinger/Szymansky*, Sonderdruck aus Kommunalwirtschaft 2015, Heft 7–8, 1 (2); vgl. auch Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 71.

33 civity Management Consultants, Comparison of European Water Prices, 07.11.2018, S. 4.

34 Umweltbundesamt, Wasserpreise im Europäischen Vergleich – Kurzfassung, April 1998, Tabelle 4.

35 Statistisches Bundesamt, Wasserwirtschaft, Entgelt für die Trinkwasserversorgung in Tarifgebieten nach Tariftypen 2017 bis 2019 (Stand: 26.06.2020): Niedersachsen: 1,31 €; Schleswig-Holstein: 1,51 €; Brandenburg: 1,55 €; Mecklenburg-Vorpommern: 1,58 €; Nordrhein-Westfalen: 1,62 €; Sachsen-Anhalt: 1,63 €; Bayern: 1,65 €; Rheinland-Pfalz: 1,75 €; Berlin: 1,81 €; Hamburg: 1,89 €; Sachsen: 1,92 €; Saarland: 2,00 €; Thüringen: 2,01 €; Hessen: 2,07 €; Bremen: 2,13 €; Baden-Württemberg: 2,20 €.

Von den Gesamtkosten der Wassergewinnung machen die Fixkosten einen hohen Anteil aus[36] und betragen durchschnittlich 70 % bis 85 %[37]. Grund dafür ist u.a. die hohe Anlagenintensität der Wasserversorgung im Gegensatz zur Stromversorgung.[38]

Die Kostenstruktur in der Wasserversorgung setzte sich im Jahr 2002 aus etwa 22 % Abschreibungen und 10 % Zinsen zusammen. Die Personalkosten machten etwa 20 % aus und die Verwaltungskosten etwa 12 %. Etwa 16 % der Gesamtkosten entfielen auf Fremdleistungen[39] und 10 % auf den Fremdwasserbezug. Steuern und Abgaben machten ebenso wie Materialkosten etwa weitere 5 % aus.[40]

Was für ein Wasserentgelt die öffentliche Hand verlangt, darüber können die Gemeinden zumeist selbst bestimmen. Nach Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Aus dem Selbstverwaltungsrecht folgt, dass die Gemeinde das Benutzungsverhältnis zu ihren Einrichtungen sowohl öffentlich-rechtlich (Gebühren) als auch privatrechtlich (Preise) ausgestalten kann.[41] Entscheidet sich die Gemeinde für die Leistungserbringung in einer privatrechtlichen Orga-

36 *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, 1997, S. 198; *Thimet/Krause*, Trinkwasserversorgung - Pflichtaufgabe jeder Gemeinde, 4. Aufl. 2017, S. 131; *Brinkmeier*, Kontrahierungszwang in der Wasserwirtschaft, 2002, S. 44-45; *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 79; *Bracht*, Effizienzsteigerungen in der deutschen Wasserversorgung, 2008, S. 37.

37 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 30; Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland, Juni 2016, S. 26 („*zu 80 % fix*").

38 *Wolfers/Wollenschläger*, EnWZ 2013, 71 (72).

39 Wobei man davon ausgehen kann, dass 10 % auf die Konzessionsabgabe entfallen und weitere 6 % auf eigentliche Fremddienstleistungen, vgl. VKU, Wasserpreise und -gebühren - Faktencheck, 2017, S. 8, der für die Kosten eines fiktiven durchschnittlichen Wasserversorgers von 6 % Fremdleistungen und 10 % Konzessionsabgabe ausgehen.

40 ATT/BGW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2005, S. 20.

41 *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 152 und 162; *Brinkmeier*, Kontrahierungszwang in der Wasserwirtschaft, 2002, S. 54 Fn. 35, *Brüning*, LKV 2000, 54 (55); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 25; *Thimet/Krause*, Trinkwasserversorgung - Pflichtaufgabe jeder Gemeinde, 4. Aufl. 2017, S. 49.

nisationsform, muss sie aber auch das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestalten, es sei denn, der Private wird als bloßer Verwaltungshelfer tätig.[42]

In Deutschland sind 80 % der Beziehungen zwischen Versorger und Abnehmern öffentlich-rechtlich (Gebühren) ausgestaltet und nur 20 % privatrechtlich (Preise).[43]

Werden Preise verlangt, unterliegt das Entgelt sowohl der Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden[44] als auch der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB durch die Zivilgerichte.[45] Werden Gebühren erhoben, besteht eine Kontrolle durch die Kommunalaufsichtsbehörden und durch die Verwaltungsgerichte.[46]

§ 3 Organisation der Wasserversorgung

Vom Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist auch die Wahl der Gemeinde geschützt, in welcher Organisationsform sie eine Aufgabe erledigt.[47] Die Gemeinde kann sich entscheiden, die Aufgabe in unmittelbarer Kommunalverwaltung wahrzunehmen, etwa durch einen Regiebetrieb[48].[49] Bei der

42 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 25; *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, 1997, S. 220.

43 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 vom 22.07.2010, BT-Drs. 17/2600, S. 51.

44 Siehe hierzu auch ausführlich Kapitel „§ 3 Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten", S. 567.

45 Siehe Kapitel „(2) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB", S. 272.

46 Siehe Kapitel „§ 4 Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle in der Praxis", S. 621.

47 Aus der Rechtsprechung bspw. BVerwG, Beschl. v. 23.11.1998 - 8 B 173/98, Rn. 4 ff., zitiert nach juris; aus der Literatur: *Mehde*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Lfg. 67 (Stand: 11/2012), Art. 28 Abs. 2 Rn. 65; *Brüning*, IR 2015, 175 (176); *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, 157; *Brüning*, Die Gemeinde SH 2010, 34 (34); *Gundlach*, LKV 2000, 58 (58); *Brüning*, LKV 2000, 54 (54); *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, 798 (799); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 25; *Knemeyer*, Zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden - Kommunalwirtschaft im Spannungsfeld zweier Subsidiaritätsebenen, S. 69 (73), in: Füsslin/Gebhardt/Gerhardt/Steger (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung in der Gegenwart, Festschrift für Richard Seeger, 1987.

48 Vgl. für den Schutz des Regiebetriebes als Teil der Organisationsgewalt der Kommune auch *Rosenberger*, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 11 Rn. 43 (S. 611);

49 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 28.

Erledigung der Aufgabe durch einen Eigenbetrieb, eine Anstalt des öffentlichen Rechts oder einen Zweckverband spricht man von der mittelbaren Kommunalverwaltung.[50] Auch die Entscheidung der Kommune, sich bei der Aufgabenerledigung privatrechtlicher Organisationsformen zu bedienen, wird vom Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden geschützt.[51]

Die deutsche Wasserversorgung wird zum überwiegenden Teil durch die öffentliche Hand sichergestellt. Im Jahr 2003 befanden sich nur 3,5 % der ca. 6.000 Wasserversorgungsunternehmen in rein privater Hand.[52]

Im Jahr 2016 gab es in Deutschland 5.845 Wasserversorgungsunternehmen.[53] Der größte Teil sind Regie- und Eigenbetriebe.[54] *Schwarze* konkretisiert dies auf 53 %.[55] Insgesamt sind ca. 2/3 der Wasserversorgungsunternehmen in öffentlich-rechtlichen Formen organisiert und ca. 1/3 in privatrechtlichen Formen.[56]

Betrachtet man nicht die anteiligen Unternehmensformen bezogen auf die absolute Anzahl der Wasserversorgungsunternehmen, sondern den Anteil der Unternehmensformen bezogen auf das gesamte Wasseraufkommen, ergibt sich ein anderes Bild: Die privatrechtlich organisierten Wasserversorger (57 %) weisen einen höheren Anteil am Gesamtwasseraufkommen auf als die öffentlich-rechtlichen (43 %).[57] Insofern sind Regiebetriebe (1 %) und Eigenbetriebe (10 %) nur von geringer Bedeutung in Bezug auf das Gesamtwasseraufkommen. Demgegenüber haben – bezogen auf den öffentlich-rechtlichen Bereich – Zweckverbände (19 %) einen größeren Anteil am Gesamt-

50 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 28.

51 *Vetter*, in: Christ/Oebbecke (Hrsg.), Handbuch Kommunalabgabenrecht, 1. Aufl. 2016, Teil D. Rn. 332; *Brüning*, IR 2015, 175 (176); *Brüning*, Die Gemeinde SH 2010, 34 (34); *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, 798 (799); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 25; *Knemeyer*, Zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden - Kommunalwirtschaft im Spannungsfeld zweier Subsidiaritätsebenen, S. 69 (73), in: Füsslin/Gebhardt/Gerhardt/Steger (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung in der Gegenwart, Festschrift für Richard Seeger, 1987.

52 ATT/BGW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2005, S. 14.

53 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

54 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

55 *Schwarze*, Wirtschaftsdienst 2001/VII, 395 (396).

56 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

57 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

wasseraufkommen zu verantworten, während Anstalten des öffentlichen Rechts (6 %), Körperschaften des öffentlichen Rechts (5 %) und Wasser- und Bodenverbände (2 %) nur eine untergeordnete Rolle spielen.[58] Gleichwohl rein private Wasserversorger – wie aufgezeigt – im Hinblick auf ihre absolute Anzahl statistisch nicht signifikant sind, sind sie für 17 % des Gesamtwasseraufkommens verantwortlich.[59] Die übrigen 40 % entfallen auf Aktiengesellschaften und GmbHs, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist.[60]

Auf bestimmte Rechtsformen soll, da auf sie mehrfach in dieser Arbeit zurückgekommen wird, in der gebotenen Kürze vorab eingegangen werden.

A. Eigenbetrieb

Wie aufgezeigt, handelt es sich bei ca. 6.000 Wasserversorgern größtenteils (53 %[61]) um Regie- und Eigenbetriebe. Allerdings sind Eigenbetriebe nur für etwa 10 % des Gesamtwasseraufkommens verantwortlich.[62]

Der Typ des Eigenbetriebs wurde im Nationalsozialismus geschaffen.[63] So regelte § 74 Abs. 1 Deutsche Gemeindeordnung 1935[64], „*Für die Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe) sind Betriebssatzungen aufzustellen.*". Die Eigenbetriebsverordnung 1938[65] enthielt dann weitergehende Regelungen für die Führung der Eigenbetriebe.

58 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

59 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33 (3 % Sonstige privatrechtliche Gesellschaften; 14 % privatrechtliche AG/GmbH).

60 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33 (22 % gemischt-öffentliche-privatrechtliche Gesellschaften AG/GmbH; 7 % Eigengesellschaften AG/GmbH; 11 % öffentliche Gesellschaften AG/GmbH).

61 *Schwarze*, Wirtschaftsdienst 2001/VII, 395 (396).

62 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33.

63 *Himmelmann*, Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft, S. 31 (47), in: Brede/von Loesch (Hrsg.), Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.

64 Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30.01.1935, RGBl. I 1935, 49.

65 Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938, RGBl. I 1938, 1650.

Eigenbetriebe sind in allen Bundesländern – mit Ausnahme von Hamburg[66] – *qua* Gesetz Sondervermögen.[67] Das bedeutet, dass sie ohne eigene Rechtspersönlichkeit außerhalb der allgemeinen Verwaltung finanzwirtschaftlich gesondert verwaltet werden.[68] Ein Eigenbetrieb hat einen Jahres-

66 Hamburg hat kein Eigenbetriebsgesetz oder eine Eigenbetriebsverordnung erlassen, vgl. *Graf/Bissle*, in: MünchKomm-BilanzR, 1. Aufl. 2013, § 263 HGB Rn. 2.

67 Bayern: Art. 88 Abs. 1 GO: „*Eigenbetriebe sind gemeindliche Unternehmen, die außerhalb der allgemeinen Verwaltung als Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt werden.*"; Baden-Württemberg: § 12 Abs. 1 S. 1 EigBG: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde gesondert zu verwalten und nachzuweisen.*"; Saarland: § 102 Abs. 1 Nr. 3 KSVG: „*Sondervermögen der Gemeinden sind die Eigenbetriebe und sonstigen Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit mit Sonderrechnung*"; Rheinland-Pfalz: § 80 Abs. 1 Nr. 3 GemO: „*Sondervermögen der Gemeinde sind wirtschaftliche Unternehmen ohne Rechtsfähigkeit und öffentliche Einrichtungen, für die auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder einer Satzung Sonderrechnungen geführt werden*"; Hessen: § 10 Abs. 1 S. 1 EigBGes: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Thüringen: § 76 Abs. 1 S. 1 ThürKO: „*Für Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die außerhalb des Haushaltsplans der Gemeinde nach kaufmännischen Grundsätzen als Sondervermögen verwaltet werden (Eigenbetriebe), bestellt der Gemeinderat eine Werkleitung und einen Werkausschuss.*"; Sachsen-Anhalt: § 12 Abs. 1 S. 1 EigBG: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Sachsen: § 91 Abs. 1 Nr. 1 SächsGemO: „*Sondervermögen der Gemeinde sind das Vermögen der Eigenbetriebe und der öffentlichen Einrichtungen, für die auf Grund gesetzlicher Vorschriften Sonderrechnungen geführt werden.*"; Brandenburg: § 86 Abs. 1 Nr. 1 BbgKVerf: „*Sondervermögen der Gemeinde sind das Vermögen der Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, für die aufgrund gesetzlicher Vorschriften Sonderrechnungen geführt werden*"; Niedersachsen: § 130 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG: „*Sondervermögen der Kommunen sind Eigenbetriebe*"; Nordrhein-Westfalen: § 97 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW: „*Sondervermögen der Gemeinde sind wirtschaftliche Unternehmen (§ 114) und organisatorisch verselbstständigte Einrichtungen (§ 107 Abs. 2) ohne eigene Rechtspersönlichkeit*"; Schleswig-Holstein: § 93 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO: „*[...] Eigenbetriebe nach § 106 und andere Sondervermögen [...]*"; Mecklenburg-Vorpommern: § 64 Abs. 1 S. 1 KV M-V: „*Für Eigenbetriebe der Gemeinden ist eine Sonderrechnung zu führen.*"; Bremen: BremSVG sowie bspw. § 18a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Landeshaushaltsordnung: „*[...] Eigenbetriebe und sonstigen Sondervermögen [...]*"; Berlin: § 10 Abs. 1 S. 1 EigG: „*Der Eigenbetrieb wird finanzwirtschaftlich als Sondervermögen Berlins gesondert verwaltet und nachgewiesen.*".

68 Vgl. ausdrücklich für Bayern: § 5 Abs. 1 S. 1 EBV: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Baden-Württemberg: § 12 Abs. 1 S. 1 EigBG: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde gesondert zu verwalten und nachzuweisen.*"; Saarland: § 7 Abs. 1 S. 1 EigVO: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Rheinland-Pfalz: § 10 Abs. 1 S. 1 EigAnVO: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Hessen: § 10 Abs. 1 S. 1 EigBGes: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaft-*

abschluss aufzustellen, der u.a. aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und dem Anhang besteht.[69] Eigenbetriebe verfügen über ein eigenes Finanzierungssystem und eine eigene Kreditwirtschaft.[70] Im öffentlichen Haushalt erscheint nur das Endergebnis (Überschuss/Zuschussbedarf).[71] Regelmäßig ist landesrechtlich die Ausstattung mit einem angemessenen Stammkapital vorgesehen.[72]

---

lich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen."; Thüringen: § 5 Abs. 1. S. 1 ThürEBV: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Sachsen-Anhalt: § 12 Abs. 1 S. 1 EigBG: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Sachsen: § 95a Abs. 1 S. 2 SächsGemO: „*Eigenbetriebe werden finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde verwaltet und nachgewiesen.*"; Brandenburg: § 10 Abs. 1 S. 1 EigV: „*Der Eigenbetrieb ist als Sondervermögen der Gemeinde gesondert zu verwalten und nachzuweisen.*"; Niedersachsen: § 130 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG: „*Sondervermögen der Kommunen sind Eigenbetriebe*"; Nordrhein-Westfalen: § 9 Abs. 1 S. 1 EigVO NRW: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Schleswig-Holstein: § 7 Abs. 1 S. 1 EigVO: „*Der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen.*"; Mecklenburg-Vorpommern: 11 Abs. 1 EigVO M-V: „*Eigenbetriebe sind Sondervermögen der Gemeinde im Sinne des § 64 der Kommunalverfassung und führen nach Maßgabe dieser Verordnung eine Sonderrechnung.*"; Berlin: § 10 Abs. 1 S. 1 EigG: „*Der Eigenbetrieb wird finanzwirtschaftlich als Sondervermögen Berlins gesondert verwaltet und nachgewiesen.*"; Bremen: BremSVG sowie bspw. § 18a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Landeshaushaltsordnung: „*[...] Eigenbetriebe und sonstigen Sondervermögen [...]*".

69 Vgl. Bayern: 20 S. 1 EBV; Baden-Württemberg: § 16 Abs. 1 EigBG; Saarland: § 19 S. 1 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 22 Abs. 1 EigAnVO; Hessen: § 22 S. 1 EigBGes; Thüringen: § 20 S. 1 ThürEBV; Sachsen-Anhalt: § 19 Abs. 1 EigBG; Sachsen: § 31 Abs. 1 S. 1 SächsEigBVO; Brandenburg: § 21 Abs. 1 S. 2 EigV; Niedersachsen: § 20 Abs. 1 S. 1 EigBetrVO; Nordrhein-Westfalen: § 21 S. 1 EigVO NRW; Schleswig-Holstein: § 19 S. 1 EigVO; Mecklenburg-Vorpommern: § 32 Abs. 1 und Abs. 2 EigVO M-V; Hamburg: *entfällt*; Berlin: § 23 Abs. 1 S. 1 EigG; Bremen: § 26 S. 1 BremSVG.

70 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 147; *Hafner*, EigBG/EigBVO, 2018, § 5 EigBG Rn. 5.

71 *Püttner*, Rechtliche Grundlagen der öffentlichen Unternehmen, S. 57 (64-65), in: Brede/von Loesch (Hrsg.), Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.

72 Bayern: § 5 Abs. 2 S. 1 EBV; Baden-Württemberg: keine Regelung, allerdings § 12 Abs. 2 S. 2 EigBG („*Die Gemeinde ist verpflichtet, den Eigenbetrieb mit den zur Aufgabenerledigung notwendigen Finanz- und Sachmitteln auszustatten und für die Dauer seines Bestehens funktionsfähig zu erhalten.*"); Saarland: § 7 Abs. 2 S. 1 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 10 Abs. 2 S. 1 EigAnVO; Hessen: § 10 Abs. 2 S. 1 EigBGes; Thüringen: keine Regelung, allerdings § 5 Abs. 2 S. 1 ThürEBV („*Der Eigenbetrieb ist mit einem dem Gegenstand und dem Betriebsumfang angemessenen Eigenkapital auszustatten, dessen Höhe die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Eigenbetriebs gewährleistet.*"); Sachsen-Anhalt: § 12 Abs. 2 S. 1 EigBG; Sachsen: § 11 Abs. 2 S. 1 SächsEigBVO

Der Eigenbetrieb ist auch organisationsrechtlich selbstständig. Er verfügt über Organe, ein Kollegialorgan und ein Ausführungsorgan.[73] Das Ausführungsorgan – die Geschäfts-[74], Werks-[75] oder Betriebsleitung[76] - führt die laufenden Geschäfte des Eigenbetriebs. Im Übrigen beschließt über die Angelegenheiten des Eigenbetriebs, soweit sie nicht der kommunalen Vertretungskörperschaft vorbehalten sind, das Kollegialorgan, also der Werks-[77] oder Betriebsausschuss[78] bzw. die Betriebskommission[79] oder der Verwaltungsrat[80].[81] Zudem kann sich der Eigenbetrieb regelmäßig[82] eine Satzung

(„*kann*"); Brandenburg: keine Regelung, allerdings § 10 Abs. 2 S. 1 EigV („*Der Eigenbetrieb ist mit einem dem Gegenstand und dem Betriebsumfang angemessenen Eigenkapital auszustatten.*"); Niedersachsen: § 6 Abs. 1 EigBetrVO; Nordrhein-Westfalen: § 9 Abs. 2 EigVO NRW; Schleswig-Holstein: keine Regelung, allerdings § 7 Abs. 2 EigVO („*Der Eigenbetrieb ist mit einem dem Gegenstand und dem Betriebsumfang angemessenen Eigenkapital auszustatten.*"); Mecklenburg-Vorpommern: keine Regelung, allerdings § 11 Abs. 2 S. 1 EigVO M-V („*Der Eigenbetrieb ist mit einem dem Gegenstand und dem Betriebsumfang angemessenen Eigenkapital auszustatten.*"); Berlin: keine Regelung, allerdings § 10 Abs. 1 S. 2 EigG („*Auf die Erhaltung des Sondervermögens ist Bedacht zu nehmen.*"); Bremen: § 13 Abs. 1 BremSVG.

73 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 958; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 147.

74 Berlin: § 4 Abs. 1 S. 1 EigG.

75 Bayern: Art. 88 Abs. 3 S. 1 GO; Saarland: § 6 Abs. 1 S. 1 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 4 Abs. 1 S. 1 EigAnVO; Thüringen: § 76 Abs. 1 S. 2 ThürKO; Brandenburg: § 5 Abs. 1 S. 1 EigV; Schleswig-Holstein: § 3 Abs. 1 S. 1 EigVO.

76 Baden-Württemberg: § 5 Abs. 1 EigBG; Hessen: § 2 Abs. 1 EigBGes; Sachsen-Anhalt: § 6 Abs. 1 S. 1-3 EigBG; Sachsen: § 4 Abs. 1 SächsEigBVO; Niedersachsen: § 140 Abs. 4 NKomVG; Nordrhein-Westfalen: § 2 Abs. 1 S. 1-3 EigVO NRW; Mecklenburg-Vorpommern: § 4 Abs. 1 S. 1 EigVO M-V; Bremen: § 7 Abs. 1 BremSVG.

77 Bayern: Art. 88 Abs. 4 S. 1 GO; Saarland: § 5 Abs. 2 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 3 Abs. 5 EigAnVO; Thüringen: § 76 Abs. 1 S. 4 ThürKO; Brandenburg: § 8 Abs. 1 S. 4 EigV; Schleswig-Holstein: § 5 Abs. 2 EigVO.

78 Baden-Württemberg: § 8 Abs. 2 EigBG; Sachsen-Anhalt: § 9 Abs. 2 EigBG; Sachsen: § 7 Abs. 2 S. 1 SächsEigBVO; Niedersachsen: § 140 Abs. 3 S. 1 NKomVG; Nordrhein-Westfalen: § 5 Abs. 5 EigVO NRW; Mecklenburg-Vorpommern: § 8 Abs. 2 S. 2 EigVO M-V; Bremen: § 11 BremSVG.

79 Hessen: § 7 Abs. 3 EigBGes.

80 Berlin: § 7 EigG.

81 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 958.

82 Eine Ausnahme bildet Bremen, hier gilt aber § 56 Abs. 3 Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen: „*Das Nähere wird durch Ortsgesetz geregelt.*".

geben, die die Angelegenheiten des Eigenbetriebs – bspw. die Festsetzung des Stammkapitals[83] – regelt.[84]

Der Lieferungs- und Leistungsverkehr zwischen Gemeinde und Eigenbetrieb ist angemessen zu vergüten.[85]

---

83 Bayern: § 5 Abs. 2 S. 2 EBV; Baden-Württemberg: § 12 Abs. 2 S. 5 EigBG; Saarland: § 7 Abs. 2 S. 2 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 10 Abs. 2 S. 2 EigAnVO; Hessen: § 10 Abs. 2 S. 2 EigBGes; Thüringen: § 5 Abs. 2 S. 2 ThürEBV; Sachsen-Anhalt: § 4 Abs. 1 S. 2 EigBG; Sachsen: § 26 Abs. 2 SächsEigBVO; Brandenburg: § 3 Abs. 2 Nr. 2 EigV; Niedersachsen: § 4 Nr. 2 EigBetrVO; Nordrhein-Westfalen: § 9 Abs. 2 EigVO NRW; Schleswig-Holstein: § 6 Nr. 2 EigVO; Mecklenburg-Vorpommern: § 11 Abs. 2 S. 3 EigVO M-V; Berlin: § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EigG.

84 Bayern: Art 88 Abs. 5 S. 2 GO; Baden-Württemberg: § 3 Abs. 2 S. 1 EigBG; Saarland: § 1 Abs. 1 EigVO; Rheinland-Pfalz: § 1 Abs. 1 EigAnVO; Hessen: § 1 Abs. 1 EigBGes; Thüringen: § 1 Abs. 1 S. 1 ThürEBV; Sachsen-Anhalt: § 4 Abs. 1 S. 1 EigBG; Sachsen: § 1 Abs. 1 SächsEigBVO; Brandenburg: § 3 Abs. 1 EigV; Niedersachsen: § 140 Abs. 1 NKomVG; Nordrhein-Westfalen: § 1 EigVO NRW; Schleswig-Holstein: § 3 Abs. 1 S. 3 EigVO; Mecklenburg-Vorpommern: § 2 Abs. 2 EigVO M-V; Berlin: § 2 Abs. 3 S. 1 EigG.

85 Bayern: § 7 S. 1 EBV („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite sind auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb oder Kommunalunternehmen der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, angemessen zu vergüten.*“); Baden-Württemberg: § 14 S. 1 EigBVO-HGB („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite, auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Saarland: § 8 Abs. 2 S. 1 EigVO („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Sondervermögen der Gemeinde oder einem Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an dem die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Rheinland-Pfalz: § 11 Abs. 2 S. 1 EigAnVO („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite, auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde oder einem Unternehmen in Privatrechtsform, an dem die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Hessen: § 11 Abs. 2 S. 1 EigBGes („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Thüringen: § 7 S. 1 ThürEBV („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite sind auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde oder einem Unternehmen der Gemeinde im Sinne des § 71 Abs. 1 ThürKO angemessen zu vergüten.*“); Sachsen-Anhalt: § 13 Abs. 1 S. 1 EigBG („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite zwischen dem Eigenbetrieb und dem Aufgabenträger sowie anderen Eigenbetrieben oder Eigengesellschaften des Aufgabenträgers einschließlich Gesellschaften, an denen der Aufgabenträger beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Sachsen: § 13 Abs. 1 S. 1 SächsEigBVO („*Die Lieferungen, Leistungen und Kredite im Verhältnis des Eigenbetriebs zu der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*“); Brandenburg: § 11 Abs. 3 S. 1 EigV („*Sämtliche Leistungen des Eigenbetriebes sind angemessen zu vergüten.*“); Niedersachsen: § 7 Abs. 1 Nr. 1 EigBetrVO („*Der Eigenbetrieb*

Die Vorteile des Eigenbetriebs sind seine organisationsrechtliche (Organe, Satzung), finanzwirtschaftliche (Kassen-/Kreditwesen) und vermögensrechtliche (Sondervermögen) Trennung von der Gemeinde. Der Eigenbetrieb ermöglicht eine Unternehmensführung nach kaufmännischen Gesichtspunkten, wobei eine enge Bindung zur Gemeinde (fehlende Rechtspersönlichkeit) bestehen bleibt.[86]

B. Regiebetrieb

Die Kommunalordnungen der Länder regeln diese Organisationsform nicht ausdrücklich, setzen ihre Existenz aber teilweise voraus.[87] Mit dem Eigenbe-

---

muss sich Lieferungen, Leistungen und das vorübergehende Zurverfügungstellen von Finanzmitteln an die Kommune angemessen vergüten lassen."); Nordrhein-Westfalen: § 10 Abs. 2 S. 1 EigVO NRW („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Darlehen, auch im Verhältnis zwischen Eigenbetrieb und Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*"); Schleswig-Holstein: § 8 Abs. 2 S. 1 EigVO („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Darlehen, auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde, einem anderen Eigenbetrieb der Gemeinde, einem Kommunalunternehmen der Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*"); Mecklenburg-Vorpommern: § 12 Abs. 5 S. 1 EigVO M-V („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite, auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde oder deren Unternehmen oder Einrichtungen sowie zwischen den einzelnen Bereichen eines Eigenbetriebes, sind angemessen zu vergüten.*"); Berlin: § 12 Abs. 1 EigG („*Lieferungen, Leistungen und Leihgelder des Eigenbetriebs an Stellen innerhalb der Berliner Verwaltung und umgekehrt werden angemessen vergütet.*"); Bremen: § 14 Abs. 2 S. 1 BremSVG („*Sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kreditgewährungen zwischen dem Eigenbetrieb und dem Land oder den Stadtgemeinden, einem anderen Eigenbetrieb des Landes oder der Stadtgemeinden oder einer Gesellschaft, an der das Land oder eine Stadtgemeinde beteiligt ist, sind angemessen zu vergüten.*").

86 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 147.

87 Etwa Schleswig-Holstein: § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO („*Will die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar 1. ein Unternehmen oder eine Einrichtung im Sinne des § 101 Absatz 1 oder 4 mit Ausnahme eines Regiebetriebs errichten […]*"); Thüringen: § 129 Abs. 2 Nr. 10 Hs. 1 ThürKO („*Das für das Kommunalrecht zuständige Ministerium wird weiter ermächtigt, im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Ministerium durch Rechtsverordnung zu regeln: dass und in welchem Umfang das Eigenbetriebsrecht ganz oder teilweise auf Einrichtungen innerhalb der allgemeinen Verwaltung (Regiebetriebe) angewandt werden kann;*"); Bayern: Art. 88 Abs. 6 S. 1 GO („*Die Gemeinde kann Einrichtungen innerhalb der allgemeinen Verwaltung (Regiebetriebe) ganz oder teilweise nach den Vorschriften über die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe führen, wenn die Abweichung von den allgemeinen kommunalwirtschaftlichen Vorschriften nach Art und Umfang der Einrichtung zweckmäßig ist.*").

trieb gemein hat der Regiebetrieb die fehlende rechtliche Selbstständigkeit.[88] Hier enden aber die Gemeinsamkeiten. Im Gegensatz zu den Eigenbetrieben sind Regiebetriebe vermögensrechtlich unselbstständig. Sie bilden kein Sondervermögen. Auch eine finanzwirtschaftliche Selbstständigkeit besteht nicht. Regiebetriebe verfügen über keine eigene Kassenwirtschaft und kein Kreditsystem. Für den Regiebetrieb geht in das Jahresergebnis der Gemeinde nur ein unselbstständiges Teilergebnis ein[89], das auf Basis der kommunalen Doppik ermittelt wird.[90] Der Regiebetrieb besitzt auch keine organisationsrechtliche Selbstständigkeit. Er nimmt seine Aufgaben nicht durch Organe selbstständig wahr; er besitzt keine Organe.[91] Als Bestandteil des Gemeindehaushalts unterliegt der Regiebetrieb hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung der Beschlussfassung durch das Hauptorgan der Gemeinde[92], während – wie aufgezeigt – beim Eigenbetrieb eine gewisse Selbstständigkeit bei der Aufgabenerfüllung durch die Betriebssatzung besteht.

In der Praxis werden regelmäßig kostenrechnende Gemeindeeinrichtungen als Regiebetrieb geführt.[93] Kostenrechnende Einrichtungen sind solche, die (überwiegend) aus Entgelten finanziert werden (vgl. bspw. § 11 Abs. 1 S. 1 GemHVO-Kameral Schleswig-Holstein[94]). Zu solchen Einrichtungen gehören neben der Trinkwasserversorgung bspw. auch die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, Friedhöfe und Schlachthöfe.[95] Auf Grund der fehlenden vermögens-, organisations- und finanzwirtschaftlichen Selbstständigkeit des Regiebetriebs kommt der Regiebetrieb allerdings nur bei „*inhalt- und umfangmäßig unbedeutenden Betrieben und bei den Hilfsbetrieben der Gemeinde in Betracht*“[96], weshalb er in der Praxis bspw. für die Führung der

88 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 32; *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 957.

89 Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg, Geschäftsbericht 2003, S. 63.

90 *Bokelmann/Hell,* in: Schmidt/Bokelmann/Grötecke/Hell (Hrsg.), EigAnVO, 3. Aufl. 2017, EigAnVO – Einführung Tz. 3.5.1.1.

91 *Bokelmann/Hell,* in: Schmidt/Bokelmann/Grötecke/Hell (Hrsg.), EigAnVO, 3. Aufl. 2017, EigAnVO – Einführung Tz. 3.5.1.1.

92 *Bennemann*, Eigenbetriebsrecht Hessen, 6. Aufl. 2019, § 1 Tz. 1.1.1 S. 25.

93 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 33.

94 Landesverordnung über die Aufstellung und Ausführung eines kameralen Haushaltsplanes der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung-Kameral - GemHVO-Kameral) vom 02.12.2019, zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.01.2018 (GVOBl. Schl.-H. 2018, S. 6).

95 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 33.

96 *Engelhardt*, in: Schneider/Dreßler/Rauber/Risch, Hessische Gemeindeordnung, 24. Lfg., § 121 HGO Rn. 63.

Friedhofsgärtnerei, des Bauhofes oder des kommunalen Wagenparks eingesetzt wird.[97]

C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Zusammen mit der Aktiengesellschaft ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) als Rechtsform für 40 % des Wasseraufkommens verantwortlich.[98] Von den 1.458 Versorgungs- und Entsorgungsunternehmen, die im Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU) organisiert sind, firmieren ca. 48 % als GmbH.[99]

Die GmbH kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, § 1 GmbHG. Die GmbH ist als juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG) rechtlich selbstständig.

Zur Errichtung der GmbH bedarf es eines Gesellschaftsvertrages (§ 2 Abs. 1 GmbHG), der bestimmte Angaben enthalten muss (§ 3 Abs. 1 GmbHG). § 5 Abs. 1 GmbHG regelt ein Stammkapital von mindestens 25.000 Euro. Das Mitgliedschaftsrecht an der GmbH wird als Geschäftsanteil bezeichnet, wobei der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss, § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Organe der GmbH sind der Geschäftsführer (§ 6 Abs. 1 GmbHG), die Gesellschafterversammlung (§ 48 Abs. 1 GmbHG) und ggf. der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG).[100] Der Geschäftsführer vertritt die GmbH (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung ist das Willensbildungsorgan der GmbH, wobei die Willensbildung durch Beschlussfassung (§ 48 Abs. 1 GmbHG) erfolgt, etwa bzgl. der Feststellung des Jahresabschlusses (§ 46 Nr. 1 GmbHG) oder bzgl. der Geschäftsführerbestellung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Ein etwaiger Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 1 AktG). Seine Bestellung kann im Gesellschaftsvertrag geregelt (§ 52 Abs. 1 GmbHG) oder auf Grund arbeitsrechtli-

97 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 957.

98 ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 33 (11 % öffentliche Gesellschaften AG/GmbH; 7 % Eigengesellschaften AG/GmbH; 22 % gemischt-öffentlich-privatrechtliche Gesellschaften AG/GmbH).

99 Stand 2018, vgl. VKU, Zahlen, Daten, Fakten 2018, S. 2 (Eigenbetrieb: 312; Zweckverbände/Wasser- und Bodenverbände: 128; AöR: 83; sonstige öffentliche Organisationsformen: 115; AG: 60; GmbH: 699; sonstige Gesellschaften: 61).

100 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 162.

cher Gesetze (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG[101], § 1 Abs. 1 MitbestG[102]) veranlasst sein.

Die GmbH muss einen Jahresabschluss aufstellen (§§ 41, 42 GmbHG, §§ 242, 264 HGB).

D. Aktiengesellschaft

Von den im VKU organisierten Versorgungs- und Entsorgungsunternehmen sind ca. 4 % als Aktiengesellschaft (AG) organisiert.[103]

Die Errichtung einer AG kann ebenfalls zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck erfolgen.[104] Die AG ist als juristische Person rechtlich selbstständig, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG.

Der Gesellschaftsvertrag trägt im Aktienrecht die Bezeichnung Satzung (§ 2 AktG). Sie muss bestimmte Angaben enthalten (§ 23 AktG). Es gilt der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG), d.h. dass die Satzung von den Vorschriften des AktG nur abweichen darf, wenn es ausdrücklich zugelassen ist (Satz 1). Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass das AktG eine abschließende Regelung enthält (Satz 2). Auf Grund der Satzungsstrenge ist die Abbildung des öffentlichen Unternehmenszwecks in der Satzung im Vergleich zur GmbH schlechter möglich.[105]

Das Mitgliedschaftsrecht an der AG wird durch die Aktie verkörpert (§ 1 Abs. 2 AktG), die einem Teil des Grundkapitals entspricht (§ 8 Abs. 4 AktG). Das Grundkapital muss auf einen Nennbetrag in Euro lauten (§ 5 AktG),

---

101 § 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG) vom 18.05.2004, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 24.04.2015 (BGBl I 2015, 642): „[1]*Die Arbeitnehmer haben ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat nach Maßgabe dieses Gesetzes in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern.* [2]*Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat zu bilden; seine Zusammensetzung sowie seine Rechte und Pflichten bestimmen sich nach § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, nach den §§ 95 bis 114, 116, 118 Abs. 3, § 125 Abs. 3 und 4 und nach den §§ 170, 171, 268 Abs. 2 des Aktiengesetzes;*".

102 § 1 Abs. 1 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 04.05.1976, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 24.04.2015 (BGBl I 2015, 642): „*In Unternehmen, die 1. in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Genossenschaft betrieben werden und 2. in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, haben die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht nach Maßgabe dieses Gesetzes.*".

103 Vgl. Fn. 99.

104 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 163.

105 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 963.

wobei der Mindestnennbetrag des Grundkapitals 50.000 Euro beträgt (§ 7 AktG).

Organe der AG sind der Vorstand (§§ 76 ff. AktG), die Hauptversammlung (§§ 118 ff. AktG) und der Aufsichtsrat (§§ 96 ff. AktG).[106] Der Vorstand leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und vertritt sie (§ 78 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Willensbildung der AG erfolgt durch Beschlussfassung der Hauptversammlung (§§ 118, 119 AktG). Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG).

Die AG muss einen Jahresabschluss aufstellen (§ 91 AktG, §§ 242, 264 HGB).

Bei den Kommunen hat die Rechtsform der AG vornehmlich bei größeren Betrieben Bedeutung erlangt, etwa bei den Stadtwerken.[107]

§ 4 Regelung der Trinkwasserversorgung in den Ländern

Nach § 50 Abs. 1 WHG ist die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Der Gesetzgeber betont, dass die Trinkwasserversorgung „*traditionell zum Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge im Rahmen der Selbstverwaltungsgarantie des Artikels 28 Absatz 2 GG*“[108] gehört.

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts im Zuge der Föderalismusreform[109] machte der Bundesgesetzgeber von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG (Wasserhaushalt) Gebrauch.[110] Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Ge-

106 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 963.

107 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 963; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Rn. 163 und Rn. 454.

108 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vom 17.03.2009, BT-Drs. 16/12275, S. 66.

109 vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 07.03.2006, BT-Drs. 16/813, S. 1.

110 Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31.07.2009, BGBl I 2009, 2585.

brauch gemacht hat. Vorher gehörte der Wasserhaushalt zum Bereich der Rahmengesetzgebung.[111]

Die Qualifikation der Trinkwasserversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge sagt noch nichts darüber aus, um was es sich für eine Aufgabe handelt. Die Wasserversorgung regeln einige Bundesländer als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises explizit.[112] Den eigenen Wirkungskreis betreffen ursprünglich kommunale Aufgaben.[113]

Im eigenen Wirkungskreis sind freiwillige und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zu unterscheiden. Bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben hat die Kommune ein Ermessen dahingehend, ob und wie sie die Aufgabe erfüllen will.[114] Bei pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben hat die Kommune allein Ermessen über die Form der Aufgabenerfüllung, wobei auch in diesem Bereich einschränkende Vorgaben bestehen können, weil der Gesetzgeber hinsichtlich des „Ob" schon entschieden hat.[115]

Die Länder qualifizieren die Wasserversorgung unterschiedlich.[116] In Brandenburg regelt der Gesetzgeber eine Pflicht der Gemeinde, entscheidet also über das „Ob" der Wasserversorgung, § 59 BbgWG: „*Die öffentliche Wasserversorgung ist eine Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde.*". Demgegenüber regelt Schleswig-Holstein im LWG keine entsprechende Pflicht, weshalb es sich um eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe handelt.[117] Dass ein „echtes" Ermessen bei der Frage des „Ob" einer kommunalen Wasserversorgung nicht besteht, steht auf einem anderen Blatt.

Für die Kommunalaufsicht spielt die Qualifikation keine Rolle. In beiden Fällen besteht nur eine Rechtsaufsicht und keine Fachaufsicht.[118] Bedeutung

111 vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 07.03.2006, BT-Drs. 16/813, S. 9.

112 Bayern: Art. 57 Abs. 2 S. 1 GO; Thüringen: § 2 Abs. 2 ThürKO; Sachsen-Anhalt: § 5 Abs. 1 KVG LSA i.V.m. Art. 87 Abs. 3 S. 1 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt i.V.m. § 70 Abs. 1 S. 1 WG LSA; Mecklenburg-Vorpommern: § 2 Abs. 2 KV M-V.

113 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 230.

114 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 231.

115 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 232.

116 Ausführlich siehe Kapitel „(2) Landesgesetzgeber provozieren bei wirtschaftlicher Tätigkeit Kostenerhöhung", S. 304.

117 Vgl. auch *Brüning*, Die Gemeinde SH 2010, 34 (34).

118 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 230.

kann die Einstufung allerdings – wie noch aufzuzeigen sein wird – kommunalabgabenrechtlich erlangen.[119]

Um die Übersicht zu komplettieren, soll noch – gleichwohl sie für die Wasserversorgung keine Bedeutung haben – auf die weiteren Aufgaben der Gemeinde eingegangen werden. Den Kommunen können auch staatliche Aufgaben übertragen werden.[120] Insofern nehmen sie diese Aufgaben dann im übertragenen Wirkungskreis wahr. Dazu ein Beispiel: Die Landeshauptstadt Magdeburg ist eine kreisfreie Stadt (§ 12 Abs. 2 KVG LSA). Nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO LSA sind kreisfreie Städte untere Bauaufsichtsbehörden. Die Landeshauptstadt Magdeburg ist damit grundsätzlich nach § 56 Abs. 2 BauO LSA für den Vollzug der BauO LSA zuständig. Nach § 57 Abs. 1 BauO LSA wird sie diesbezüglich im übertragenen Wirkungskreis tätig. Nimmt eine Kommune Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis wahr, unterliegt sie sowohl der Rechts- als auch der Fachaufsicht[121], wobei die Aufsicht auch Zweckmäßigkeitserwägungen umfasst.[122]

Daneben existieren noch Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Diese Aufgaben werden ebenfalls den Kommunen übertragen, bleiben aber keine staatlichen Aufgaben, sondern werden nunmehr als kommunale Aufgaben wahrgenommen.[123] Dazu ein Beispiel: Nach § 6 Abs. 1 S. 1 Rettungsgesetz NRW sind die Kreise und kreisfreien Städte als Träger des Rettungsdienstes verpflichtet, die bedarfsgerechte und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Notfallrettung einschließlich der notärztlichen Versorgung im Rettungsdienst und des Krankentransports sicherzustellen. Nach § 6 Abs. 3 Rettungsgesetz NRW nehmen die Kreise und Gemeinden die Aufgaben nach diesem Gesetz als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung wahr. Auch bei Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung besteht eine Rechts- und Fachaufsicht.[124]

119 Ausführlich siehe Kapitel „(2) Landesgesetzgeber provozieren bei wirtschaftlicher Tätigkeit Kostenerhöhung“, S. 304.
120 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 233.
121 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 233.
122 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 755.
123 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 236.
124 *Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 237.

§ 5 Entwicklung des Konzessionswesens bis zur KAEAnO 1941

Die Industrialisierung und die Urbanisierung veranlassten die Gemeinden seit 1870, Aufgaben der Daseinsvorsorge, insbesondere die Wasserversorgung, verstärkt zu übernehmen.[125] In dieser Zeit kam es zu einem Ausbau zentraler Wasserversorgungssysteme in den Kommunen, auch zur Seuchen- und Feuerabwehr.[126] Da der Ausbau der Wasserversorgung kostenintensiv war, legten einige Städte diese Aufgabe in die Hand privater Unternehmer und räumten ihnen Rechte für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf Konzessionsbasis ein.[127] Nachdem die privatrechtliche Tätigkeit einerseits zu Missständen in den Bereichen Versorgungssicherheit (Vernachlässigung von Stadtteilen) und Preismissbrauch (überhöhte Entgelte) geführt hatte, andererseits die Wasserversorgung aber auch ertragsreich war, gab es Ende des 19. Jahrhunderts wiederum Bestrebungen, die privatrechtlich organisierte Wasserversorgung zu beenden.[128]

Sofern *Brehme* meint, dass die Wasserversorgung auf den ersten Blick eine vergleichbare Entwicklung genommen hat, wie die Elektrizitätsversorgung seit dem Übergang vom 19. zum 20. Jahrhundert, wobei die Verteilung „*von kommunalen Versorgungsunternehmen oder durch regionale Energieversorgungsunternehmen auf Grundlage von Konzessionsverträgen erbracht*“[129] wurde, spricht dies auch für ein ausgeprägtes Konzessionswesen im Bereich der Wasserversorgung mit kommunalen Versorgungsunternehmen.

Im Nationalsozialismus wurde die Staatsverschuldung durch Kreditaufnahmen zur Finanzierung des Aufrüstprogramms und der Vollbeschäftigung weiter gesteigert.[130] Um der dadurch aufkommenden Inflationsgefahr zu be-

125 *Himmelmann*, Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft, S. 31 (39), in: Brede/von Loesch (Hrsg.), Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.

126 *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 105 und S. 109 f.

127 *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 111.

128 *Himmelmann*, Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft, S. 31 (39-40), in: Brede/von Loesch (Hrsg.), Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.; *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 112-113.

129 *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 141.

130 *Spoerer/Streb*, Neue deutsche Wirtschaftsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 2013, S. 117.